

Análise crítica de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

ENTREVISTA:

Nelson Nery Junior

Público
Constitucional
Administrativo
Institucional

Coletivo
Material e Processual

Civil
Material e Processual

Penal
Material e Processual

Informações Variadas



Disseminare

MPMG
jurídico




Ministério Público-MG
PGJ

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

Expediente

Procurador-Geral de Justiça
Jarbas Soares Júnior

Corregedor-Geral do Ministério Público de Minas Gerais
Procurador de Justiça Antônio de Pádova Marchi Júnior

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional
Alceu José Torres Marques

Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica
Elaine Martins Parise

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo
Paulo Roberto Moreira Cançado

Secretário-Geral
Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

Chefe-de-Gabinete
Promotor de Justiça Carlos André Mariani Bitencourt

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
– CEAF
Procurador de Justiça Jacson Rafael Campomizzi

Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de
Justiça – CAP
Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira

Diretora-Geral
Simone Maria Lima Santos

Coordenação Editorial

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira

Isoldi Filho

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

Revisão

Cláudio Márcio Bernardes

Redação

Alessandra de Souza Santos

Cláudio Márcio Bernardes

Fernando Soares Miranda

Samuel Alvarenga Gonçalves

Wellington Pereira

Diagramação

Bernardo José Gomes Silveira

Marco Antônio Gibim

Fotos

*Assessoria de Comunicação – Procuradoria-Geral
de Justiça de Minas Gerais / Alex Lanza*

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

IMENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	07
Jarbas Soares Júnior	
II APRESENTAÇÃO	07
Elaine Martins Parise – Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais	
III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL	08
1 MATÉRIA DE CAPA	09
1.1 Análise crítica de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos	09
Elaine Martins Parise; Almir Alves Moreira; Gisela Potério Santos Saldanha; Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha; Fernando Rodrigues Martins; Gregório Assagra de Almeida; Leonardo Duque Barbabela; Luciano Luz Badini Martins; Marcos Pereira Anjo Coutinho; Marcos Tofani Baer Bahia; Sidnei Boccia Pinto de Oliveira Sá; Antônio Sérgio Rocha de Paula; Renato Franco de Almeida	
1.2 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – 3ª Edição (outubro de 2005): Coordenadora Professora Doutora Ada Pellegrini Grinover	15
	23
2 ENTREVISTA DO MÊS	
Nelson Nery Junior – Jurista, professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP e Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo	
3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL	26
3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL	26
3.1.1 Dos legitimados para a ação de impugnação de mandato eletivo	26
Edna Márcia Rodrigues	
3.1.2 O controle difuso e incidental da constitucionalidade como garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da CF)	27
Gregório Assagra de Almeida	28
3.1.3 Ações afirmativas	
Cristiane de Lima Hosken	29
3.1.4 O papel do Ministério Público no mundo globalizado	
Glauber Tatagiba	30
3.1.5 Ministério Público e redução de danos: conhecendo do instrumento	
Robertson Fonseca de Azevedo e Carla Torres	33
3.1.6 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) Obras doutrinárias	33
3.1.6.1 MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do patrimônio público	33
3.1.6.2 MARTINS NETO, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos	33
3.1.6.3 GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico	33
3.1.6.4 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério	
B) Artigos	34
3.1.6.5 AMORIM, Leticia Balsamão. O princípio do Estado de Direito à luz do pós-positivismo	
3.1.6.6 GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito constitucional e comparado)	34

3.1.6.7	MACEDO, Marcus Paulo Queiroz. <i>Inquérito Civil: aspectos práticos e sua regulação normativa federal e no âmbito de Minas Gerais</i>	34
3.1.7	Jurisprudências da área	35
3.1.7.1	STJ, 1ª Turma. <i>Controle de constitucionalidade via Ação Civil Pública e defesa do patrimônio público pelo Ministério Público</i>	35
3.1.7.2	STF, Decisão Monocrática . <i>Legitimidade de entidade de classe de âmbito nacional para a propositura de ADI perante o STF. Requisitos configuradores</i>	35
3.1.7.3	STJ, 6ª Turma. <i>O estágio realizado pelo estudante durante o bacharelado do curso de Direito é reconhecido como atividade jurídica</i>	36
3.2	COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL	37
3.2.1	Da aplicação (apenas) “residual” do CPC nas ações coletivas Rodrigo Mazzei	37
3.2.2	Patrimônio cultural é meio ambiente Marcos Paulo de Souza Miranda	38
3.2.3	Acessibilidade em imóveis tombados Ana Carolina Araújo Pereira e Erlon de Paula Lima	39
3.2.4	Obras doutrinárias e artigos indicados na área	40
	A) Obras doutrinárias	
3.2.4.1	MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (coord.). <i>Processo Civil Coletivo</i>	40
3.2.4.2	SAULE JUNIOR, Nelson. <i>A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares</i>	41
	B) Artigos	
3.2.4.3	MOOR, Fernanda Stracke. <i>Considerações sobre o regime público na prestação dos serviços delegados e a perspectiva dos direitos dos cidadãos frente aos serviços essenciais</i>	41
3.2.4.4	GRECO, Leonardo. <i>As provas no processo ambiental</i>	41
3.2.5	Jurisprudências da área	42
3.2.5.1	STJ, 1ª Seção. <i>Cabimento de ação popular para a defesa do patrimônio moral do Estado. Desnecessidade de prova quanto ao prejuízo causado, bastando a ilegalidade do ato praticado</i>	42
3.2.5.2	STJ, 2ª Turma. <i>Meia-entrada para estudantes como forma de promoção e incentivo à cultura</i>	42
3.2.5.3	TJSC, 3ª Câmara de Direito Público. <i>O Município é sempre responsável indireto nas ocorrências de dano ou ameaça de dano ao meio ambiente por omissão no seu papel de fiscalizar, sendo cabível, portanto, o litisconsórcio passivo nas ações civis públicas juntamente com o agressor principal</i>	43
3.2.5.4	TJRS, 1ª Câmara Cível. <i>Execução de Termo de Ajustamento de Conduta e limites para a oposição de embargos pelo executado compromissado</i>	43
3.3	CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL	44
3.3.1	Reflexões sobre o Ministério Público interveniente Élida de Freitas Rezende	44
3.3.2	Aspectos procedimentais da adoção internacional Fátima Salomé Barreto Garcia	45
3.3.3	Aspectos teóricos sobre a evicção Charles Daniel França Salomão	47
3.3.4	Da alteração do objeto da demanda mesmo após o saneamento da causa Samuel Alvarenga Gonçalves	48

3.3.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	50
A) Obras doutrinárias	
3.3.5.1 ROSENVALD, Nelson. <i>Dignidade humana e boa-fé no Código Civil</i>	50
3.3.5.2 SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. <i>Abuso de direito processual: uma teoria pragmática</i>	50
B) Artigos	
3.3.5.3 CAMBI, Eduardo. <i>Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6^a, VIII, do CDC</i>	50
3.3.5.4 TIMM, Luciano Benetti. <i>Os dois grandes modelos de responsabilidade civil no Direito Privado: da culpa ao risco</i>	50
3.3.6 Jurisprudências da área	51
3.3.6.1 TJSP, 5 ^a Câmara de Direito Privado. <i>Cálculo das custas processuais em arrolamento e inventário deve incidir apenas sobre a meação do cônjuge supérstite</i>	51
3.3.6.2 STJ, 4 ^a Turma. <i>Intervenção obrigatória do órgão do Ministério Público em transação extrajudicial feita pela mãe em nome do menor</i>	51
3.3.6.3 TJRS, 6 ^a Turma. <i>Indenização a fumante devido à propaganda enganosa sobre os riscos do cigarro</i>	51
3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL	52
3.4.1 As medidas cautelares reais no Direito Processual brasileiro	52
Eloisa de Sousa Arruda	
3.4.2 Crimes dolosos contra a vida praticados contra civil e o inquérito policial militar	54
Fabiano Ferreira Furlan	
3.4.3 Crimes Ambientais de menor potencial ofensivo - visão prática	55
Nélio Costa Dutra Jr.	
3.4.4 Da aplicabilidade da pena em perspectiva à luz do interesse-utilidade da ação penal condenatória	56
Domingos Ventura de Miranda Júnior	
3.4.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	57
A) Obras doutrinárias	
3.4.5.1 GAZOTO, Luís Wanderley. <i>O princípio da não-obrigatoriedade da Ação Penal Pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público</i>	57
3.4.5.2 CARVALHO, Márcia D. L. <i>Fundamentação constitucional do direito penal</i>	57
B) Artigos	
3.4.5.3 HAMILTON, Sérgio Demoro. <i>A revelia premiada e o sentido da expressão “prova urgente”</i>	57
3.4.6 Jurisprudências da área	58
3.4.6.1 TJSC, Câmaras Criminais Reunidas. <i>Associação para o tráfico. Art. 14 da Lei nº 6.368/1976. Natureza de crime equiparado a hediondo</i>	58
3.4.6.2 TJMG, 1 ^a Câmara Criminal. <i>Posse de telefone celular é considerada falta grave durante o cumprimento da pena</i>	58
3.4.6.3 STF, 2 ^a Turma. <i>Desnecessidade de se perquirir se há previsão de procedimento especial para determinado crime, com o objetivo de enquadrá-lo ou não como crime de menor potencial ofensivo, bastando o exame da pena cominada</i>	58
3.4.6.4 STJ, 6 ^a Turma. <i>Desnecessidade de representação do ofendido em sede de ato infracional</i>	58
4 INFORMAÇÕES VARIADAS	59
4.1 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS MINISTÉRIOS PÚBLICOS	59

4.1.1 O Ministério Público Brasileiro e o Ministério Fiscal e Defensor do Povo Espanhóis: um trabalho de direito comparado – primeira parte Ana Letícia Martins de Souza	59
4.2 PENSANDO O DIREITO	60
4.2.1 Justiça restaurativa: a construção de uma nova maneira de se fazer Justiça Ana Luiza Godoy Isoldi e Egberto Penido	60
4.3 JUDICIÁRIO EM DEBATE	61
4.3.1 O fim do nepotismo no Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça e a evolução do Estado de Direito Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira	61
4.4 MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE	63
4.4.1 E as Procuradorias??? Júlio Cezar Gutierrez Vieira Baptista	63
4.5 LÍNGUA E LINGUAGEM	64
4.5.1 Ação civil pública e a língua portuguesa Cláudio Márcio Bernardes	64
4.5.2 A taquigrafia e a linguagem oral e escrita Alessandra de Souza	65
4.6 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR	66
4.6.1 Avaliação pericial no erro médico Gerson Coelho Cavalcante Júnior	66
4.6.2 O polêmico ato médico Murilo Rodrigues do Carmo	67
4.6.3 A origem multifatorial da aterosclerose e a perspectiva de derrogação do determinismo através do controle dos fatores de risco ambientais Eneyde Gontijo Fernandes M. Rocha	68
4.6.4 Recomendação de leitura em outras áreas do conhecimento	69
4.6.4.1 PARANHOS, Paulo. <i>Apontamentos sobre a formação do Poder Judiciário no Brasil.</i>	69
4.6.4.2 LAMA, Dalai. <i>Uma ética para o novo milênio: Sua Santidade o Dalai Lama</i>	69
4.7 TÉCNICA PROCESSUAL	70
4.7.1 Arguição incidental de inconstitucionalidade em processos subjetivos: o controle Difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos Renato Franco de Almeida	70
4.7.2 Arquivamento indireto Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho	70
4.8 MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO	71
4.8.1 Ministério Público, policiamento comunitário e os conselhos de segurança preventiva Lélio Braga Calhau	71
4.9 LEIS E PROJETOS DE LEIS	72
4.10 CRIMES HEDIONDOS EM DEBATE	73
4.10.1 Crime hediondo admite penas substitutivas? Luiz Flávio Gomes	73
4.11 REPUBLICAÇÃO	74
4.11.1 Republicação de artigo doutrinário devido à parcial supressão no conteúdo divulgado	74

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Jarbas Soares Júnior

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

Caros Leitores,

O *MPMG Jurídico* já é um sucesso nacional. Juristas de renome estão enviando textos para publicação. A efetiva participação dos colegas e dos servidores da Instituição também é uma realidade que nos incentiva e nos dá força para o melhoramento e o aperfeiçoamento desse novo meio de comunicação.

Nesta oportunidade, só temos a agradecer imensamente a vocês, leitores, a acolhida do nosso trabalho, as críticas extremamente produtivas e positivas, os votos de apreço remetidos e, acima de tudo, veicular as suas experiências e artigos no nosso *MPMG*

Jurídico.

Dizemos *nosso boletim* porque ele realmente é elaborado a partir da contribuição de todos. Continuem a engrandecer nossas publicações, pois, aqui, vocês têm espaço reservado para que possam contribuir para o aprimoramento da cultura jurídica de nosso País.

Temos consciência de que muito ainda há de ser feito, muito ainda temos a melhorar e aperfeiçoar e muitas outras conquistas ainda estão por vir. Para tanto, a ajuda e a participação é fundamental.

Muito obrigado!

II APRESENTAÇÃO

Elaine Martins Parise

Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

É com enorme satisfação que faço a apresentação desta 3ª edição do *MPMG Jurídico*. Apesar do seu lançamento recente, o *MPMG Jurídico* já está contribuindo para melhorar e ampliar a inserção no cenário nacional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Muito nos incentiva a ótima recepção por parte dos caros leitores, muitos deles, inclusive, colegas Promotores e Procuradores de Justiça de outros Ministérios Públicos do País.

Nesta edição, põe-se em destaque o debate sobre a *codificação do processo coletivo brasileiro*, tema para o qual dedicamos a matéria de capa.

Consta ainda desta edição entrevista exclusiva com o renomado jurista e Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutor Nelson Nery Junior, o qual também demonstra sua preocupação com a codificação do processo coletivo no País. Na entrevista, o destacado jurista também aponta as razões pelas quais é inconstitucional e ilegítima a resistência em admitir a tutela do contribuinte pela via da ação civil pública.

Em relação ao tema de capa, convém registrar que foi criada, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça (Resolução PGJ nº 75/2005), uma comissão para estudar os anteprojetos sobre a codificação do processo coletivo no País. Essa comissão elaborou estudos críticos e compareceu ao Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, em Brasília, para, em sessão ordinária do CNPG, debater o tema com a Professora Ada Pellegrini Grinover e com membros de outros Ministérios Públicos.

No espaço destinado às áreas do Direito, o leitor irá encontrar ótimos artigos sobre os principais temas jurídicos discutidos na atualidade, contando sempre com a principal característica do *MPMG Jurídico*: textos curtos, escritos de forma pontual e direta.

Por fim, nas *Informações Variadas*, cada um dos tópicos traz um interessante tema nos quais são apresentadas abordagens críticas sobre assuntos polêmicos que despertarão o inevitável interesse pela matéria.

Esperamos que os prezados leitores tenham uma ótima leitura e também aguardamos as sugestões críticas e a participação dos interessados nas próximas edições!

III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

Prezados leitores,

Mais uma vez, convidamos todos para participarem da elaboração do *MPMG Jurídico* – edição n.º 4, mediante o envio de informações ou artigos jurídicos com relevância institucional, preferencialmente para o e-mail mpmgjuridico@mp.mg.gov.br, ou para o Conselho Editorial do *MPMG Jurídico*: Av. Álvares Cabral, nº 1.690, 11º andar, edifício-sede da Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30.170-001, Belo Horizonte (MG).

Como sempre lembramos, os artigos ou informações encaminhados deverão estar redigidos de forma pontual, direta e de fácil compreensão – já que esse é o objetivo do nosso boletim – bem como digitados no formato *Word for Windows* – versão mais atual – com, no máximo, 50 (cinquenta) linhas; fonte *Times New Roman*; corpo 10 para o texto principal, corpo 9 para as citações que possuam mais de três linhas, as quais deverão vir destacadas do texto; entrelinhamento simples; parágrafos justificados; recuo de 1cm para o texto principal e 1,5 cm para as citações; páginas configuradas com 3,0 cm nas margens superior e esquerda e 2 cm nas margens inferior e direita; folha em tamanho A-4 (210 mm x 297 mm); títulos em caixa-alta, corpo 12, utilizando-se da mesma fonte do texto e subtítulos em negrito, corpo 12 e indicação da fonte bibliográfica completa em caso de citação em formato de “Notas e referências bibliográficas” ao final do texto, onde se utilizará fonte *Times New Roman*; corpo 8. O autor deverá também enviar o seu endereço completo para contato posterior e, se o desejar, uma fotografia 3x4 para ser inserida na publicação do artigo.

A cada nova edição, excelentes artigos têm sido encaminhados de todo o Brasil para serem divulgados no *MPMG Jurídico*. Gostaríamos de destacar que este boletim é distribuído em todo o País e enviando também para várias universidades e juristas de renome no estrangeiro.

Contamos com a participação e desde já agradecemos aos nossos colaboradores que tão gentilmente prestigiaram-nos com a divulgação dos trabalhos publicados nesta 3ª edição.

Atenciosamente,

Conselho Editorial do *MPMG Jurídico*.

Jarbas Soares Júnior - Presidente

Paulo Roberto Moreira Cançado – Gestor Financeiro

Elaine Martins Parise – Coordenadora Editorial Jurídica

Alceu José Torres Marques – Coordenador Editorial Institucional

Jacson Rafael Campomizzi – Diretor Executivo

Jairo Cruz Moreira – Diretor Administrativo

Gregório Assagra de Almeida – Coordenador Editorial

Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho – Coordenador Editorial

Renato Franco de Almeida – Coordenador Editorial

Carlos André Mariani Bittencourt – Coordenador de Articulação e Integração

Luciano Luz Badini Martins – Coordenador de Redação

Simone Maria Lima dos Santos – Representante dos Servidores

Envio de artigos e outras informações

mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 Análise crítica de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos

Elaine Martins Parise

Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica -
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Almir Alves Moreira

Procurador de Justiça - Ministério Público do Estado de
Minas Gerais

Gisela Potério Santos Saldanha

Procuradora de Justiça do Grupo de Defesa dos
Interesses Difusos - Ministério Público do Estado de
Minas Gerais

Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha

Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Justiça de
Defesa do Patrimônio Cultural de Belo Horizonte (MG) –
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Fernando Rodrigues Martins

Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Justiça de
Defesa do Consumidor da Comarca de Uberlândia (MG)
– Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Assessor Especial do Procurador-
Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de
Minas Gerais

Leonardo Duque Barbabela

Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Justiça de
Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Belo
Horizonte(MG) – Ministério Público do Estado de Minas
Gerais

Luciano Luz Badini Martins

Promotor de Justiça - Secretário-Geral da Procuradoria-
Geral de Justiça – Ministério Público do Estado de Minas
Gerais

Marcos Pereira Anjo Coutinho

Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Justiça de
Defesa do Consumidor e do Patrimônio Público da
Comarca de Betim (MG) – Ministério Público do Estado
de Minas Gerais

Marcos Tofani Baer Bahia

Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Justiça de
Defesa do Consumidor da Comarca de Belo
Horizonte(MG) – Ministério Público do Estado de Minas
Gerais

Sidnei Boccia Pinto de Oliveira Sá

Promotor de Justiça Titular das Promotorias de Justiça de
Defesa da Criança e Adolescente e do Patrimônio Público
da Comarca de Poços de Caldas (MG) – Ministério
Público do Estado de Minas Gerais

Antônio Sérgio Rocha de Paula

Procurador de Justiça do Grupo de Defesa dos Interesses
Difusos do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Renato Franco de Almeida

Promotor de Justiça
Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça do
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Foi realizada, no dia 05 de dezembro de 2005, sessão ordinária do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, CNPG, na sede do Ministério Público do Distrito Federal, ocasião em que a professora Doutora Ada Pellegrini Grinover ministrou palestra sobre o “Código de Processo Coletivo”.

Como é sabido, a professora, jurista de grande renome e prestígio no cenário jurídico nacional e internacional, é a coordenadora de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que, até o final desta edição, estava em sua terceira versão.

A coletivização do direito processual é tema cada vez mais corrente no meio doutrinário e está na pauta das discussões em eventos realizados no País.

Assim, a codificação do processo é atualmente matéria de vital importância e de grande interesse à própria Instituição do Ministério Público, atualmente o mais atuante legitimado ativo para o exercício das ações coletivas no Brasil.

Tanto isso é verdade que o Ministério Público de Minas Gerais convidou o professor Doutor Nelson Nery Junior, que também fala sobre o tema na entrevista desta edição, para ministrar uma palestra sobre “Codificação ou não do Processo Coletivo”, o que se deu no dia 14.09.2005. Logo após a palestra, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por ato de seu Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, expediu Resolução de nº 75, de 16 de setembro de 2005, com a finalidade de instituir uma comissão de estudos especialmente designada para analisar criticamente os anteprojeto de leis que tivessem por objeto a codificação do processo coletivo.

Os integrantes da comissão, durante alguns encontros, procederam a uma análise crítica desse anteprojeto, o que culminou com um relatório elaborado pelo Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida e revisado por integrantes da Comissão, relatório que contém várias ponderações acerca do anteprojeto debatido em Brasília e não só aponta aspectos positivos do Anteprojeto, mas também delinea outros pontos que, segundo os integrantes da comissão, representariam verdadeiro retrocesso em termos de efetividade que a proteção jurisdicional coletiva já avançou no Brasil.

Assim, a matéria de capa deste mês traz o relatório apresentado por essa comissão de estudos, o qual foi apresentado na reunião ordinária do CNPG, em que lá esteve ministrando palestra a Professora Doutora Ada Pellegrini Grinover.

Gregório Assagra de Almeida, Gisela Potério Santos Saldanha, Fernando Galvão e Marcos Pereira Anjo Coutinho, integrantes da Comissão criada pela Resolução PGJ nº 75/2005, estiveram em Brasília participando da reunião no CNPG, momento em que Gregório Assagra e Fernando Galvão apresentaram oralmente, em nome do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e da Comissão criada, as principais críticas ao Anteprojeto em questão, com a entrega do relatório abaixo aos participantes da reunião.

Ressalta-se, por fim, que o item abaixo contém o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (3ª versão), de outubro de 2005, coordenado pela Professora Doutora Ada Pellegrini Grinover, objeto desta análise crítica.

**EXCELENTÍSSIMOS SENHORES INTEGRANTES
DO CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES-
GERAIS DE JUSTIÇA,**

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA ADA
PELLEGRINI GRINOVER,**

**DEMAIS AUTORIDADES E MEMBROS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO PRESENTES NESTA REUNIÃO,**

SUMÁRIO: 1) Justificativas sobre a elaboração do presente documento; 2) Análise quanto ao momento para a codificação do direito processual coletivo brasileiro; 3) Análise quanto à forma da codificação prevista no anteprojeto; 4) Pontos positivos do anteprojeto que merecem destaque; 5) Críticas estruturais e pontuais ao anteprojeto: 5.1 Críticas estruturais; 5.2 Críticas pontuais em relação ao tratamento dispensado ao Ministério Público; 5.3 Outras críticas pontuais; 6) Considerações finais conclusivas da comissão; 7) Relação dos integrantes da comissão criada pela Resolução PGJ-MPMG nº 75/2005 para estudos do Anteprojeto de Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro.

1 JUSTIFICATIVAS SOBRE A ELABORAÇÃO DO PRESENTE DOCUMENTO

Preocupado com os possíveis impactos institucionais e sociais resultantes de uma futura codificação do direito processual coletivo brasileiro, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS convidou o Professor Doutor Nelson Nery Junior para ministrar em Belo Horizonte, na Procuradoria-Geral de Justiça, uma palestra, que se deu no dia 14.09.2005, com o seguinte tema: *codificar ou não o direito processual coletivo brasileiro?*

No mesmo dia da palestra, o Procurador-Geral de Justiça, Doutor Jarbas Soares Júnior, criou, no âmbito da Instituição, uma Comissão composta por vários membros do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, conforme Resolução nº 75/2005, publicada no Minas Gerais do dia 17.09.2005, para inserir o Ministério Público mineiro no debate, de forma a fomentar o estudo e a análise crítica dos anteprojetos existentes sobre o assunto.

Há poucos dias, os membros dessa comissão tomaram conhecimento dessa reunião e receberam cópias do “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”, 3ª versão, coordenado pela professora Doutora Ada Pellegrini Grinover.

A comissão reuniu-se nos dias 28 e 30 de novembro de 2005, com longos debates.

Participaram dessas reuniões os seguintes membros do Ministério Público:

Almir Alves Moreira – Procurador de Justiça;

Gisela Potério Santos Saldanha – Procuradora de Justiça;

Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha – Promotor de Justiça;

Gregório Assagra de Almeida – Promotor de Justiça;

Leonardo Duque Barbabela – Promotor de Justiça;

Marcos Pereira Anjo Coutinho – Promotor de Justiça;

Marcos Tofani Baer Bahia – Promotor de Justiça.

Observação: os Promotores de Justiça Sidnei Boccia Pinto de Oliveira Sá e Fernando Rodrigues Martins, também participaram com o envio de sugestões por fax e e-mail.

A Procuradora-Geral Adjunta Jurídica, Doutora Elaine Martins Parise, analisou, na condição de coordenadora, todas as conclusões e considerações da comissão, acrescentando também críticas pontuais.

Luciano Luz Badini Martins, Promotor de Justiça Secretário-Geral da Procuradoria-Geral de Justiça, participou, no primeiro dia, de parte dos debates.

A comissão, extremamente preocupada com vários problemas estruturais e pontuais do Anteprojeto em questão, resolveu, por unanimidade, formular o presente documento para ser entregue a todos os participantes da reunião no Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJ), inclusive com a entrega, naquela data (05.12.2005), pessoalmente, à nossa renomada Professora, Doutora Ada Pellegrini Grinover.

Como já se observou no sumário, o presente documento está dividido em 06 (seis) tópicos: 1) Justificativas sobre a elaboração do presente documento; 2) Análise quanto ao momento para a codificação do direito processual coletivo brasileiro; 3) Análise quanto à forma da codificação prevista no anteprojeto; 4) Pontos positivos do anteprojeto que merecem destaque; 5) Críticas estruturais e pontuais ao anteprojeto: 5.1 Críticas estruturais 5.2 Críticas pontuais em relação ao tratamento dispensado ao Ministério Público; 5.3 Outras críticas pontuais; e, por fim, 6) Considerações finais conclusivas da comissão.

Para facilitar o debate, os assuntos foram abordados pontualmente, conforme conclusões extraídas das discussões entre os membros da comissão.

A comissão elogia a iniciativa pela tentativa da codificação, o que confirma a tese de que o direito processual coletivo é um novo ramo do direito processual brasileiro e, por isso, não deve ser confundido e interpretado com base nas regras individualistas e liberais do direito processual civil, inseridas no atual CPC/73.

Entretanto, a comissão entende que até agora faltou debate que legitime uma futura codificação e, por isso, espera que esse debate possa ser aberto amplamente, de forma a permitir a participação efetiva dos integrantes do Ministério Público e de outras instituições interessadas.

2 ANÁLISE QUANTO AO MOMENTO PARA A CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

A comissão, também por unanimidade, entendeu que ainda não é o momento adequado para a codificação do direito processual coletivo brasileiro, especialmente porque a Lei de Ação Civil Pública, que já produziu inúmeros benefícios, somente tem 20 (vinte) anos; a CF/88, que transformou verdadeiramente a ordem jurídica brasileira, somente possui 17 (dezesete) anos; por outro lado, o microsistema de tutela jurisdicional coletiva (CDC + LACP) somente possui 15 (quinze) anos.

Muitos frutos já foram produzidos, mas ainda muito resta a ser desenvolvido para a consagração de um código realmente inovador no País.

O Congresso Nacional está passando por uma grave crise política e certamente este não é o momento adequado para encaminhar um projeto para discutir questões tão complexas e que diretamente estão ligadas ao acesso à justiça da sociedade brasileira.

Os evidentes riscos poderão gerar verdadeiros retrocessos, o que se depreende das inúmeras tentativas já refutadas, além de muitas outras ainda em andamento e aquelas já firmadas por medidas provisórias em vigor, tal como a malsinada Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

3 ANÁLISE QUANTO À FORMA DA CODIFICAÇÃO PREVISTA NO ANTEPROJETO

A comissão não concordou com a forma de codificação prevista no Anteprojeto, que não rompe com as amarras do CPC ao não dispor sobre institutos processuais fundamentais do direito processual coletivo, tais como: processo de execução para títulos executivos extrajudiciais, como o Termo de Ajustamento de Conduta; processo cautelar; intervenção de terceiros; recursos; jurisdição coletiva; defesa no processo coletivo etc.

Além do que faltou a previsão das diretrizes principiológicas e interpretativas adequadas ao novo modelo processual, sendo insuficiente a previsão constante no art. 48 do Anteprojeto, a qual prevê que o código deva ser interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata.

Também entendeu que talvez fossem mais razoáveis alterações pontuais no microsistema de proteção coletiva já existente; mesmo assim, após amplo debate entre o Ministério Público, Poder Judiciário e entidades sociais organizadas.

A comissão não concordou também com a revogação, sem qualquer ressalva, da LACP, do CDC, parte processual etc, conforme prevê o art. 51 do Anteprojeto.

O anteprojeto prevê a revogação da LACP, sem qualquer ressalva, mas nada dispõe sobre o cabimento de ação coletiva para a reparação de dano moral coletivo, conforme já está previsto no art. 1º, *caput*, da LACP; também revoga o Título III do CDC, mas nada dispõe sobre a vedação da denunciação da lide nas ações sobre relações de consumo, que já era uma conquista do consumidor prevista no art. 88 do CDC. Revoga ainda, no plano do direito processual coletivo, disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, sem qualquer ressalva, o que significa graves retrocessos, especialmente quanto à ação mandamental prevista no ECA e à legitimidade da OAB prevista no Estatuto do Idoso. O Anteprojeto também revoga o princípio da não-taxatividade do objeto material da ação coletiva previsto no art. 1º, III, da LACP, o que contraria o art. 5º, § 2º, e o art. 129, III, da CF/88.

4 PONTOS POSITIVOS DO ANTEPROJETO QUE MERECEM DESTAQUE

1) O art. 4º, *caput*, prevê que a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Esse dispositivo confirma a tese de que o art. 293 do CPC é incompatível com a proteção dos interesses e direitos massificados.

2) O art. 7º prevê a comunicação pelo juiz ao Ministério Público e a outros legitimados sobre processos repetitivos, a fim de que proponham, em sendo o caso, ação coletiva.

A ação coletiva é de interesse social, deve-se evitar, portanto, a proliferação de ações individuais repetitivas.

3) O art. 9º determina que o juiz deverá dar prioridade ao processamento do processo coletivo, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos.

A tutela dos interesses sociais, presentes nas ações coletivas, deve ser priorizada quanto ao seu processamento.

4) O art. 10 adota a teoria da “carga dinâmica do ônus da prova” e ainda prevê a produção de prova de ofício pelo juiz, observado o contraditório.

Esse dispositivo rompe com a teoria clássica adotada pelo art. 333 do CPC, a qual leva em conta somente a natureza jurídica do fato e o interesse para fixar regra sobre a distribuição do ônus da prova.

5) O art. 10, § 4º, prevê que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga*

omnes.

A alteração levada a efeito no art. 16 da LACP pela Lei 9.494/97 é flagrantemente inconstitucional.

6) O art. 47 prevê a instalação de órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Esse dispositivo dá amparo a uma reivindicação dos estudiosos sobre o tema.

7) O art. 48 prevê que o código deva ser interpretado de forma aberta e flexível, de modo compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata.

A interpretação aberta e flexível em relação à proteção aos direitos e interesses massificados é uma imposição constitucional (art. 5º, § 2º, da CF).

5 ALGUMAS CRÍTICAS ESTRUTURAIS E PONTUAIS AO ANTEPROJETO

5.1 Críticas estruturais

1) Inadequação quanto à extensão-disposição do pretenso código, pois o Anteprojeto não trata de assuntos fundamentais do direito processual coletivo, especialmente em relação a todos os seus institutos estruturais.

O CPC/73 possui 1.220 artigos e o anteprojeto em debate somente 52 artigos para tratar de todos os assuntos processuais relativos aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Deveria ter um corpo maior, pois cinquenta e dois artigos não são suficientes para abranger adequadamente assuntos tão relevantes em conteúdo (meio ambiente, consumidor, criança e adolescente, idoso, ordem urbanística etc.), salvo se somente dispusesse sobre regras de interpretação e de aplicação do direito processual coletivo, o que não é o caso do anteprojeto analisado.

2) Não há uma dimensão realmente inovadora que justifique a codificação na forma pretendida;

3) Falta um capítulo adequado sobre o arcabouço principiológico que alicerça o próprio direito processual coletivo, nada dispondo sobre o controle abstrato da constitucionalidade, que também se viabiliza por intermédio de ações coletivas especiais;

4) Não dispõe sobre o processo coletivo, sobre os procedimentos e ainda nada prevê a respeito das formas de exercício do direito de defesa. Não cria um sistema recursal próprio para o direito processual coletivo, o que seria necessário;

5) Nada dispõe sobre a Jurisdição coletiva e sobre os princípios que a regem;

6) Falta disciplina própria sobre as tutelas de urgência: antecipação dos efeitos da tutela e tutela cautelar;

7) Não há um capítulo reservado ao processo de execução para os títulos executivos extrajudiciais;

8) Não prevê o cabimento de ação coletiva para reparação de dano moral coletivo;

9) Não dispõe um capítulo ou artigo sequer para a tutela preventiva, que é hoje a mais importante no Estado Democrático de Direito;

10) Prevê, no seu art. 50, alterações de redação no CPC (art. 273), o que não seria assunto para ser tratado em um anteprojeto de código específico para o direito processual coletivo;

11) Nada prevê sobre a intervenção de terceiros no processo coletivo;

12) Dá tratamento insuficiente ao litisconsórcio e nada dispõe sobre o litisconsórcio entre Ministérios Públicos da União e dos Estados;

13) Dá tratamento insuficiente ao mandado de segurança coletivo;

14) Nada dispõe sobre o mandado de injunção coletivo, dissídio coletivo, ação de impugnação de mandato eletivo e outras ações constitucionais e infraconstitucionais;

15) Mantém dispositivos já ultrapassados da Lei da Ação Popular (art. 1º, §§ 1º e 3º; art. 21);

16) Revoga dispositivos que representavam grandes avanços no plano do direito processual coletivo brasileiro (arts. 1º da LACP; arts. 84 e 88 do CDC; arts. 212 do ECA; art. 82 do Estatuto do Idoso etc.);

17) Despreza as peculiaridades das várias dimensões dos direitos e interesses coletivos, tais como: do consumidor; do idoso; da criança e adolescente; do ambiente; dos portadores de necessidades especiais etc.;

18) Manda aplicar subsidiariamente o CPC sem estabelecer, contudo, regras limitadoras dessa aplicabilidade (art. 49 do Anteprojeto);

Não é de esquecer que o CPC é um código liberal individualista e sua aplicabilidade, sem a limitação necessária, ao processo coletivo, poderá acarretar graves danos à proteção dos interesses sociais.

19) Prevê o controle judicial (*ope judicis*) da representatividade adequada (art. 19), o que é inconstitucional, pois a Constituição brasileira não admite esse controle, conforme se nota dos seguintes artigos: 5º, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, 114, 129, III e seu § 1º etc.

No Brasil, o controle da representatividade adequada, por imposição constitucional, é feito previamente, *ope legis* (pelo próprio legislador). A implantação desse mecanismo no País, além de inconstitucional, salvo nas hipóteses da dispensa de requisitos às associações para facilitar o acesso à justiça, irá gerar incidentes indesejados que impedirão o andamento do processo coletivo. É mais uma tentativa de americanização do sistema jurídico brasileiro.

20) Revoga o princípio da não-taxatividade do objeto material da ação coletiva previsto no art. 1º, IV, da LACP, ao arrolar em número fechado as hipóteses de ações coletivas em seu art. 1º e ainda dispor que são admissíveis outras ações criadas por lei.

É flagrantemente inconstitucional essa revogação, fere o princípio da proibição de retrocesso e ainda esbarra no princípio da não-taxatividade do objeto material da ação previsto no art. 129, III, da CF. Além disso, ainda contraria a cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais fundamentais prevista no art. 5º, § 2º, da CF.

5.2 Críticas pontuais relativas ao tratamento dispensado ao Ministério Público

1) Não reserva um capítulo próprio para o Ministério Público, atualmente o principal autor das ações coletivas no país e o mais atuante dos legitimados ativos;

2) Revoga, sem qualquer ressalva, vários dispositivos que admitem litisconsórcio entre Ministérios Públicos da União e dos Estados (art. 5º, § 5º, da LACP; art. 210, § 1º do ECA; art. 81, § 1º, do Estatuto do Idoso);

3) Exige, para a eficácia judicial da prova, que haja contraditório no inquérito civil (art. 21, § 1º do Anteprojeto), o que não tem amparo constitucional (art. 129, III, da CF), além de dificultar o exercício de instrumento de investigação constitucionalmente garantido para a proteção dos interesses ou direitos massificados;

O inquérito civil não objetiva, por si só, aplicar pena ou qualquer outro tipo de sanção. É procedimento administrativo de

documentação para viabilizar a atuação adequada do Ministério Público na defesa dos direitos ou interesses massificados. Portanto, não há necessidade de contraditório. A exigência de contraditório irá resultar em desentranhamento de inquéritos civis de processos coletivos, com inclusive, em determinados casos, indeferimento da própria inicial. Além disso, o contraditório está ligada à ampla defesa. Assim, como poderia ser permitida ampla defesa no inquérito civil se ainda não há acusação, mas apuração de fato? Em havendo indeferimento de perguntas no inquérito, caberia recurso? E, em caso positivo, para quem?

Imaginemos a necessidade de notificação de um sócio de uma empresa que se oculta ou de outro responsável por dano ambiental que não é encontrado: será necessária a notificação por hora certa ou por edital? O inquérito civil nunca será concluído e, mesmo que seja, as provas deverão ser renovadas no processo judicial, este sim com contraditório e ampla defesa.

4) Nada dispõe no art. 21 sobre o desarquivamento do inquérito civil. A codificação seria uma ótima oportunidade para disciplinar também o desarquivamento, fixando as respectivas atribuições.

5) Exige o Anteprojeto relevante interesse social para que o Ministério Público possa atuar como fiscal da lei, em não sendo ele o autor da ação coletiva (art. 19, § 6º, do Anteprojeto), o que contraria a redação do art. 127, *caput*, da CF, que, como cláusula pética (instituição permanente), somente fala em interesse social;

As ações coletivas são de interesse social e, por isso, só o fato de ser ação coletiva já há interesse social que justifique a intervenção do Ministério Público quando ele não for o autor da ação.

6) Restringe a atuação do Ministério Público no mandado de segurança coletivo (art. 40, parágrafo único), quando dispõe: “O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social”;

O mandado de segurança coletiva é espécie de ação coletiva e, portanto, já é, por si só, de interesse social. Assim, se o Ministério Público não for o autor, deverá obrigatoriamente atuar como fiscal da lei, conforme imposição constitucional (art. 127, *caput*, da CF).

7) Limita, mesmo que indiretamente, o poder de requisição do Ministério Público ao revogar todas as disposições da LACP, entre elas o § 1º do art. 8º (arts. 21 e 51 do Anteprojeto);

8) Não fixa, no § 7º do seu art. 21, o momento de configuração do crime decorrente da recusa, do retardamento ou da omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo Ministério Público;

9) O anteprojeto não emprega, em seu art. 1º ou em qualquer outro, a expressão *ação civil pública*, terminologia clássica, já constitucionalmente consagrada (art. 129, III, da CF) como um dos grandes instrumentos da atuação do Ministério Público na defesa dos interesses e direitos massificados.

5.3 Outras críticas pontuais

1) Capítulo I – Demanda é terminologia equívoca e inadequada tecnicamente, pois possui vários sentidos: ação, processo, litígio etc.;

2) Artigo 1º – Tutela jurisdicional coletiva não é expressão com precisão jurídica, estando relacionada geralmente ao comando que se projeta para fora do processo como resultado da própria experiência jurisdicional;

3) Faltou menção e também disposições específicas, especialmente no art. 1º, sobre a ação civil pública, o mandado de injunção coletivo, o dissídio coletivo, a ação de impugnação de mandato eletivo e outras coletivas, constitucionais ou infraconstitucionais.

4) A utilização das expressões, no art. 1º do Anteprojeto, *ação coletiva ativa e ação coletiva passiva* é inadequada, pois o que define que uma ação como sendo coletiva não é a sua legitimidade ativa ou passiva, mas o objeto material ventilado na causa de pedir ou no pedido.

5) Artigo 2º – Ausência da expressão: procedimentos;

6) Artigo 4º – Falta compatibilizar o *caput* com o parágrafo único. O mais adequado seria a substituição do vocábulo extensivamente pelos vocábulos forma aberta e flexível, nos termos do art. 48 do Anteprojeto;

7) Parágrafo único do art. 4º: a limitação da alteração da causa de pedir e do pedido até a sentença restringe o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional e, inclusive, contraria o avanço consagrado no art. 10 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, o qual permite a alteração da causa de pedir e do pedido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que realizada de boa-fé, não represente prejuízos injustificáveis e seja observado o contraditório.

8) Art. 5º – Na expressão: a relação entre demandas coletivas o mais adequado seria substituir demandas por ações.

9) Art. 5º – É incorreta a previsão de que a prevenção se dá somente pela distribuição.

Poderá ocorrer que seja vara única, de forma que o adequado é o emprego da expressão prevenção pela propositura da ação, consoante já consta da LACP (parágrafo único do art. 2º e art. 263 do CPC).

10) Artigo 5º, I – Conexão, para fins de reunião de processos, dá-se com base em critérios objetivos e não subjetivos (legitimidade).

11) Art. 5º, § 3º – Propõe-se a supressão integral do referido § e o acréscimo de um inciso com a definição de litispendência, por paralelismo de formas, estabelecendo expressamente que a litispendência gerará a reunião dos processos, nos termos do *caput* do mesmo artigo;

12) Art. 6º, § 3º – É inconstitucional por ferir o art. 5º, XXXV, da CF, ao permitir que o Juiz ou o Tribunal possa, de ofício, determinar a suspensão de ações individuais por prazo indeterminado;

13) Artigo 8º - Crítica veemente à previsão de prescrição para as pretensões transindividuais, o que poderá gerar graves danos à sociedade em benefício geralmente de uma só pessoa;

Imaginemos a prescrição de reparação de danos ambientais. Também a redação do dispositivo não esclarece quando, após a interrupção, o prazo prescricional teria nova contagem.

14) O § 3º do art. 10 contraria a própria redação do § 1º do mesmo dispositivo do Anteprojeto.

15) O § 1º do art. 12 é inconstitucional ao estabelecer discriminação restritiva à atuação dos sindicatos. Sem qualquer finalidade legítima, ele fere o princípio da isonomia;

16) Artigo 12, § 5º – Tirar a previsão do prazo, o que impede a ação do co-legitimado, que sequer teve acesso à prova;

17) Art. 12, § 5º – Não é a prova que é superveniente, mas a sua descoberta;

18) Suprimir o § 6º do art. 12, porquanto já existe a ação rescisória com o mesmo fim do dispositivo;

19) Artigo 14 – É inconstitucional a utilização da expressão *interesse público relevante*, tendo em vista que é expressão restritiva que não encontra amparo no art. 127, *caput*, da CF/88;

20) O § 1º do artigo 15 ao fixar que a responsabilidade processual será objetiva para o legitimado ativo, que promover a

execução provisória do julgado, gera vício de inconstitucionalidade, já que inibe o acesso à justiça, especialmente pelas associações, sindicatos etc.;

21) § 3º do art. 15 – Não dispõe sobre o meio pelo qual o executado formulará pedido para que o tribunal possa suspender a execução provisória (Recurso? Ação cautelar inominada? Petição inominada?), o que poderá gerar incidentes indevidos;

22) Artigo 19, I – A técnica do controle *ope judicis* da representatividade adequada fere a CF, que optou pela técnica do controle *ope legis*;

23) Artigo 19, § 1º – Exige que a defesa pelo Ministério Público dos direitos ou interesses individuais homogêneos somente se dê quando houver relevante interesse social o que é reproduzido no § 6º do mesmo artigo. Trata-se de previsões geradoras de graves vícios de inconstitucionalidade, pois a Constituição determina expressamente que é dever do Ministério Público a defesa dos interesses sociais e não prevê o adjetivo restritivo *relevante* (art. 127, *caput*, da CF);

24) Artigo 19, § 1º – Exige que o legitimado ativo deverá demonstrar a existência de interesse social e, quanto se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência de interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda. Mas, o dispositivo não esclarece a forma dessa demonstração, se por simples asserção na petição inicial ou por prova documental ou outro tipo de prova;

25) Art. 20, III – Fixa a Capital do Estado como absolutamente competente quando o dano regional compreender (quatro) ou mais comarcas, o que restringe o acesso à justiça e dificulta a colheita de provas; o mesmo raciocínio se aplicaria ao inciso IV do mesmo dispositivo.

Imaginemos danos em quatro comarcas que se situam em regiões do interior do Estado, bem distantes da Capital do Estado, como ocorre com comarcas do Vale do Jequitinhonha, no Estado de Minas Gerais. Seguindo-se a orientação do dispositivo, estará sendo dificultada a coleta de provas diretamente pelo Juiz julgador. Além disso, vários obstáculos poderão surgir quanto à fiscalização do cumprimento das decisões que fixem obrigações específicas.

26) Art. 20 IV – A fixação da competência absoluta do Distrito Federal para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 03 (três) Estados ou para os de âmbito nacional, dificulta o acesso à Justiça e, não fosse isso, ainda promove o desprestígio da atuação dos Ministérios Públicos dos Estados, além de dificultar, também, a coleta da prova e o cumprimento das decisões judiciais;

Não há estrutura suficiente no Distrito Federal para receber todas essas ações, o que também dificultará a coleta de provas, quando o DF não for atingido pelo dano.

27) Art. 20, § 2º – A vedação imposta ao juiz territorialmente incompetente de apreciar pedido de antecipação de tutela é inconstitucional e fere o art. 5º, XXXV, da CF, pois, em situação de extrema urgência, nada impede que ele defira a antecipação da tutela e declare sua incompetência, remetendo imediatamente os autos ao juiz territorialmente competente, o qual poderá ratificar a decisão, revogá-la ou até modificá-la;

28) Art. 21, § 1º – A exigência de contraditório no inquérito civil é descabida e dificulta a sua instrumentalização como procedimento de coleta de informações que não se destina à aplicabilidade de sanção;

29) Art. 23, §§ 1º e 2º – A previsão de arbitragem e avaliação neutra de terceiro é incompatível com a indisponibilidade intrínseca e até extrínseca presente nos direitos ou interesses massificados;

30) Arts. 24 e 25 – A previsão para os fundos dos direitos difusos e coletivos restringe-se aos âmbitos federal e estadual, não estabelecendo previsão para o fundo municipal, sendo que o art. 20 do Anteprojeto em questão reconhece a ocorrência de danos de âmbito apenas local no caso da proteção ambiental. Os recursos destinados à reparação de tais danos devem ser aplicados, preferencialmente, no mesmo ecossistema;

31) Capítulo III – Inadequação da expressão ação coletiva passiva, pois o que define uma ação como coletiva é o seu objeto material. O correto seria dispor sobre a possibilidade de substituição processual no pólo passivo das ações coletivas;

32) Art. 40 – O rol dos legitimados ativos previsto no dispositivo é restritivo e contraria o mandado de segurança como garantia constitucional fundamental, além de contrariar o próprio teor do art. 2º do Anteprojeto;

33) Parágrafo único do art. 40 – A utilização das expressões interesse público ou relevante interesse social é inconstitucional (art. 127, *caput*, da CF);

34) Artigo 47 – O prazo para instalação dos órgãos especializados só é previsto para a União, nada prevendo o dispositivo quanto ao prazo para os Estados;

35) Artigo 49 – Nada dispõe sobre as regras interpretativas que legitimem a aplicabilidade subsidiária do CPC, que é diploma liberal individualista;

36) Parágrafo único do art. 49 – O direito processual coletivo mereceria tratamento recursal próprio, já que o sistema recursal do CPC é complexo e inadequado para efetividade dos processos coletivos;

37) Art. 51 – A revogação, sem qualquer ressalva, das leis e dispositivos mencionados nesse artigo representa verdadeiro retrocesso, em vários pontos, às conquistas do direito processual coletivo brasileiro;

38) É muito questionável a pretensão de implementação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, na forma como se coloca, pois, enquanto diversas alterações são feitas em sede de ação civil pública até mesmo o nome jurídico consagrado constitucionalmente é alterado. No campo das ações populares, nos termos que o Anteprojeto classifica, somente são feitas remissões às leis da Ação Popular e da Improbidade Administrativa, o que leva ao raciocínio de que o Anteprojeto, a bem da verdade, não teve a pretensão de reconhecer a autonomia do direito processual coletivo, mas, tão-somente, disciplinar, a seu gosto, a ação civil pública, sob diferente matiz, apequenando a dimensão

constitucional do conjunto das ações coletivas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS CONCLUSIVAS DA COMISSÃO

1) A comissão elogia a iniciativa quanto à tentativa de codificação do direito processual coletivo brasileiro, hoje um novo ramo do direito processual;

2) Contudo, entende que até agora não houve o debate necessário para legitimar qualquer tentativa de codificação;

3) Espera que esse debate possa ter uma ampla abertura, de forma a permitir a participação efetiva dos integrantes do Ministério Público, da Magistratura e de outras instituições sociais interessadas;

4) Ainda não é o momento adequado para a codificação pretendida no Anteprojeto, especialmente porque o microsistema existente de proteção jurisdicional coletiva (LACP e CDC) é muito recente e os estudos sobre a matéria ainda precisam ser aprofundados. Além disso, a situação atual de crise política vivenciada no Congresso Nacional é muito preocupante e coloca em risco qualquer tentativa de codificação;

5) Talvez fosse mais razoável, por hora, a utilização dos pontos positivos de avanço inseridos no Anteprojeto para aperfeiçoamento do microsistema de proteção jurisdicional coletiva já existe (CDC e LACP);

6) Existem graves problemas estruturais e pontuais no Anteprojeto, os quais poderão representar profundo retrocesso no plano das conquistas do direito processual coletivo brasileiro;

7) A comissão não concorda com a forma de codificação prevista no Anteprojeto, a qual não livra o direito processual coletivo das amarras do CPC/73 e ainda não dispõe sobre todos os institutos estruturais do direito processual coletivo;

8) O Anteprojeto ainda representa grave retrocesso no plano do papel constitucional do Ministério Público, conforme já apontado anteriormente;

9) Somente após a realização de uma ampla discussão em âmbito nacional, com a consagração de novas diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais, é que seria o caso de procurar instituir a codificação pretendida;

10) Diante de tudo isso, a comissão conclui que é fundamental neste momento a articulação entre todos os Ministérios Públicos do Brasil e sociedade civil organizada, a fim de que se trave nacionalmente um verdadeiro e legítimo debate sobre o tema.

1.2 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – 3ª Edição (outubro de 2005): Coordenadora Professora Doutora Ada Pellegrini Grinover

Exposição de Motivos

1 – A Lei n. 7.347/85 a denominada lei da ação civil pública - acaba de completar 20 anos. Há muito com o que se regozijar, mas também resta muito a fazer. Não há dúvidas de que a lei revolucionou o direito processual brasileiro, colocando o país numa posição de vanguarda entre os países de *civil law* e ninguém desconhece os excelentes serviços prestados à comunidade na linha evolutiva de um processo individualista para um processo social. Muitos são seus méritos, ampliados e coordenados pelo sucessivo Código de Defesa do Consumidor, de 1990. Mas antes mesmo da entrada em vigor do CDC, e depois de sua promulgação, diversas leis regularam a ação civil pública, em dispositivos esparsos e às vezes colidentes. Podem-se, assim, citar os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Outras dificuldades têm sido notadas pela concomitante aplicação à tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos pela Ação Civil Pública e pela Ação Popular constitucional, acarretando problemas práticos quanto à conexão, à continência e à prevenção, assim como reguladas pelo CPC, o qual certamente não tinha e não tem em vista o tratamento das relações entre processos coletivos. E mesmo entre diversas ações civis públicas, concomitantes ou sucessivas, têm surgido problemas que geraram a multiplicidade de liminares, em sentido oposto, provocando um verdadeiro caos processual que foi necessário resolver mediante a suscitação de conflitos de competência perante o STJ. O que indica, também, a necessidade de regular de modo diverso a questão da competência concorrente.

Assim, não se pode desconhecer que 20 anos de aplicação da LACP, com os aperfeiçoamentos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, têm posto à mostra não apenas seus méritos, mas também suas falhas e insuficiências, gerando reações, quer do legislativo, quer do executivo, quer do judiciário, que objetivam limitar seu âmbito de aplicação. No campo do governo e do Poder Legislativo, vale lembrar, por exemplo, medidas provisórias e leis que tentaram limitar os efeitos da sentença ao âmbito territorial do juiz, que restringiram a utilização de ações civis públicas por parte das associações - as quais, aliás, necessitam de estímulos para realmente ocuparem o lugar de legitimados ativos que lhes compete. E, no campo jurisdicional, podemos lembrar as posições contrárias à legitimação das defensorias públicas, ao controle difuso da constitucionalidade na ação civil pública, à extração de carta de sentença para execução provisória por parte do beneficiário que não foi parte do processo coletivo, assim como, de um modo geral, a interpretação rígida das normas do processo, sem a necessária flexibilização da técnica processual.

E ainda: a aplicação prática das normas brasileiras sobre processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da atual legislação: assim, por exemplo, dúvidas surgem quanto à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações coletivas e à multiplicação de decisões contraditórias), a possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no pólo passivo da demanda.

Por outro lado, a evolução doutrinária brasileira a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do direito processual civil, que tem seus próprios princípios e regras, diversos dos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos

individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda, revisitando a técnica processual por intermédio de normas mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo.

2 – Acresça-se a tudo isto a elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. Ou seja, de um Código que possa servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum.

Deveu-se a Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi a elaboração da primeira proposta de um Código Modelo, proposta essa que aperfeiçoou as regras do microsistema brasileiro de processos coletivos, sem desprezar a experiência das *class-actions* norte-americanas. Muitas dessas primeiras regras, que foram aperfeiçoadas com a participação ativa de outros especialistas ibero-americanos (e de mais um brasileiro, Aluísio de Castro Mendes), passaram depois do Código Modelo para o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

3 – O Código Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2.003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina “Processos Coletivos”, ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a idéia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo. Ada Pellegrini Grinover coordenou os trabalhos do grupo de pós-graduandos de 2.003 que se dispôs a preparar propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos, progressivamente trabalhadas e melhoradas. O grupo inicialmente foiformado pelo doutorando Eurico Ferraresi e pelos mestrandos Ana Cândida Marcato, Antônio Guidoni Filho e Camilo Zufelato. Depois, no encerramento do curso de 2004, outra turma de pós-graduandos, juntamente com a primeira, aportou aperfeiçoamentos à proposta, agora também contando com a profícua colaboração de Carlos Alberto Salles e Paulo Lucon. Nasceu assim a primeira versão do Anteprojeto, trabalhado também pelos mestrandos, doutorandos e professores da disciplina, durante o ano de 2.005. O Instituto Brasileiro de Direito Processual, por intermédio de seus membros, ofereceu diversas sugestões. No segundo semestre de 2.005, o texto foi analisado por grupos de mestrandos da UERJ e da Universidade Estácio de Sá, sob a orientação de Aluísio de Castro Mendes, daí surgindo mais sugestões. O IDEC também foi ouvido e aportou sua contribuição ao aperfeiçoamento do Anteprojeto. Este foi apresentado ao Ministério Público do Estado do Paraná e ao Ministério Público da União, cujos membros colaboraram com suas idéias. O Ministério Público dos Estados de São Paulo e do Paraná já constituíram comissões encarregadas de examinar oficialmente o Anteprojeto e de oferecer sugestões. Enfim, tudo está pronto para que o trabalho seja submetido a ampla consulta pública.

4 – Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz - o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual. Na revisão da técnica processual, são pontos importantes do Anteprojeto a reformulação do sistema de preclusões - sempre na observância do contraditório -, a reestruturação dos conceitos de pedido e causa de pedir - a serem interpretados extensivamente - e de conexão, continência e litispendência - que devem levar em conta a identidade do bem jurídico a ser tutelado; o enriquecimento da coisa julgada, com a previsão do julgado “*secundum eventum probationis*”; a ampliação dos

esquemas da legitimação, para garantir maior acesso à justiça, mas com a paralela observância de requisitos que configuram a denominada “representatividade adequada” e põem em realce o necessário aspecto social da tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando a proteção dos direitos fundamentais de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização.

5 – O Anteprojeto engloba todos os atuais processos coletivos brasileiros com exceção dos relativos ao controle da constitucionalidade, que não se destinam à defesa de interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes de pessoas -, sendo constituído de VI Capítulos.

O Capítulo I cuida das demandas coletivas em geral, aplicando-se a todas elas e tratando de manter diversos dispositivos vigentes, mas também regravando matérias novas ou reformuladas como o pedido e a causa de pedir, a conexão e a continência, a relação entre ação coletiva e ações individuais, a questão dos processos individuais repetitivos. Também novas são as normas sobre interrupção da prescrição, a prioridade de processamento e a utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais, a preferência pelo processamento e julgamento por juízos especializados, a previsão de gratificação financeira para segmentos sociais que atuem na condução do processo. A questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova. As normas sobre coisa julgada, embora atendo-se ao regime vigente, são simplificadas, contemplando, como novidade, a possibilidade de repropositura da ação, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, idônea para mudar o resultado do primeiro processo e que neste não foi possível produzir, bem como a atenuação da coisa julgada “secundum eventum litis”, quando autor da demanda é o sindicato, legitimado pela Constituição como substituto processual. Os efeitos da apelação e a execução provisória têm regime próprio, adequado às novas tendências do direito processual.

O Capítulo II, dividido em duas seções, trata da ação coletiva. Preferiu-se essa denominação à tradicional de “ação civil pública”, não só por razões doutrinárias, mas sobretudo para obstar a decisões que não têm reconhecido a legitimação de entidades privadas a uma ação que é denominada de “pública”

A Seção I deste Capítulo é voltada às disposições gerais, deixando-se expresso o cabimento da ação como instrumento do controle difuso de constitucionalidade. A grande novidade consiste em englobar nas normas sobre a legitimação ativa, consideravelmente ampliada, requisitos fixados por lei, correspondentes à categoria da “representatividade adequada”. A representatividade adequada é, assim, comprovada por critérios objetivos, legais, para a grande maioria dos legitimados, com exceção da pessoa física à qual diversas constituições ibero-americanas conferem legitimação em relação a quem o juiz aferirá a presença dos requisitos em concreto. Por outro lado, a exigência de representatividade adequada é essencial para o reconhecimento legal da figura da ação coletiva passiva, objeto do Capítulo III, em que o grupo, categoria ou classe de pessoas figura na relação jurídica processual como réu.

A regra de competência territorial é deslocada para esse Capítulo (no CDC figura indevidamente entre as regras que regem a ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, o que tem provocado não poucas discussões), eliminando-se, em alguns casos, a regra da competência concorrente entre Capitais dos Estados e Distrito Federal ou entre comarcas, motivo de proliferações de demandas e de decisões contraditórias. Para as demandas de índole nacional é fixada a competência territorial do Distrito Federal, único critério que possibilitará centralizá-las, evitando investidas do Legislativo atualmente consubstanciadas em proposta de Emenda Constitucional que pretende atribuir ao STJ a competência para decidir a respeito do foro competente.

O inquérito civil é mantido nos moldes da Lei da Ação Civil Pública, mas se deixa claro que as peças informativas nele colhidas só poderão ser aproveitadas na ação coletiva desde que tenha havido participação do investigado na sua colheita, com exclusão das provas periciais, em que o contraditório poderá ser diferido. Afinal, a Constituição federal garante o contraditório no processo administrativo, conquanto não punitivo, em que haja “litigantes” (ou seja, titulares de conflitos de interesses) e o investigado tem direito a um contraditório adequado ao processo administrativo: o que não deixa de ser conveniente para o Ministério Público, uma vez que no processo judicial o juiz poderá antecipar a tutela com base nos dados colhidos no inquérito.

Deixa-se ao Ministério Público maior liberdade para intervir no processo como fiscal da lei. A audiência preliminar é tratada nos moldes de

proposta legislativa existente para o processo individual, com o intuito de transformar o juiz em verdadeiro gestor do processo, dando-se ênfase aos meios alternativos de solução de controvérsias; deixa-se claro, aliás, até onde poderá ir a transação outra dúvida que tem aparecido nas demandas coletivas - bem como seus efeitos no caso de acordo a que não adira o membro do grupo, categoria ou classe, em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos. O Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, dividido em federal e estaduais, é regulamentado de modo a resguardar aderência à destinação do dinheiro arrecadado, cuidando-se também do necessário controle e da devida transparência. Além disso, norma de relevante interesse para os autores coletivos atribui ao Fundo a responsabilidade pelos custos das perícias.

A Seção II do Capítulo II trata da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. E, com relação à ação de responsabilidade civil reparatória dos danos pessoalmente sofridos, inova no regime das notificações, necessárias não só no momento da propositura da demanda como é hoje mas também quando houver decisões que favoreçam os membros do grupo: com efeito, o desconhecimento da existência de liminares ou da sentença de procedência tem impedido aos beneficiados a fruição de seus direitos. Outra novidade está na sentença condenatória que, quando possível, não será genérica, mas poderá fixar a indenização devida aos membros do grupo, ressalvado o direito à liquidação individual. Estabelecem-se novas regras sobre a liquidação e a execução da sentença, coletiva ou individual, ampliando as regras de competência e a legitimação, tudo no intuito de facilitar a fruição dos direitos por parte dos beneficiários. É mantida a *fluid recovery*.

O Capítulo III introduz no ordenamento brasileiro a ação coletiva passiva, ou seja a ação promovida não pelo, mas contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A jurisprudência brasileira vem reconhecendo o cabimento dessa ação (a *defendant class action* do sistema norte-americano), mas sem parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada. A pedra de toque para o cabimento dessas ações é a representatividade adequada do legitimado passivo, acompanhada pelo requisito do interesse social. A ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na “*defendant class action*”, conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.

O Capítulo IV trata do mandado de segurança coletivo, até hoje sem disciplina legal. Deixa-se claro que pode ele ser impetrado, observados os dispositivos constitucionais, para a defesa de direito líquido e certo ligado a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, espancando-se assim dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. Amplia-se a legitimação para abranger o MP, dentro do permissivo constitucional do art. 129, IX, CF, e a Defensoria Pública. De resto, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições da Lei n. 1.533/51, no que não forem incompatíveis com a defesa coletiva, assim como o Capítulo I do Código, inclusive no que respeita às custas e honorários advocatícios.

O Capítulo V trata das ações populares, sendo a Seção I dedicada à ação popular constitucional. Aplicam-se aqui as disposições do Capítulo I e as regras da Lei n. 4.717/65, com a modificação de alguns artigos desta para dar maior liberdade de ação ao Ministério Público, para prever a cientificação do representante da pessoa jurídica de direito público e para admitir a repropositura da ação, diante de prova superveniente, nos moldes do previsto para a ação coletiva.

A Seção II do Capítulo V cuida da ação de improbidade administrativa que, embora rotulada pela legislação inerente ao MP como ação civil pública, é, no entanto, uma verdadeira ação popular (destinada à proteção do interesse público e não à defesa de interesses e direitos de grupos, categorias e classes de pessoas), com legitimação conferida por lei ao Ministério Público. Esta legitimação encontra embasamento no art. 129, IX, da Constituição. Aqui também a lei de regência será a Lei n.8.429/92, aplicando-se à espécie as disposições do Capítulo I do Código.

Finalmente, o Capítulo VI trata das disposições finais, criando o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, a ser organizado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça; fixando princípios de interpretação, determinando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que não for incompatível, independentemente da Justiça competente e notadamente quanto aos recursos e dando nova redação a dispositivos legais (inclusive em relação à antecipação de tutela e à sua estabilização, nos moldes do *référé* francês e consoante Projeto de Lei do Senado).

Revogam-se expressamente: a Lei da Ação Civil Pública e os arts. 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor (pois o Anteprojeto trata por completo da matéria); o parágrafo 3º do art. 5º da Lei da Ação Popular, que fixa a prevenção da competência no momento da propositura da ação, colidindo com o princípio do Capítulo I do Anteprojeto; bem como diversos dispositivos de leis esparsas que se referem à ação civil pública, cujo cuidadoso levantamento foi feito por Marcelo Vigliar e que tratam de matéria completamente regulada pelo Anteprojeto.

A entrada em vigor do Código é fixada em cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

6 – Cumpre observar, ainda, que o texto ora apresentado deve ser amplamente divulgado e discutido, não só por especialistas e operadores do direito mas também pela sociedade civil, com o intuito de aperfeiçoá-lo. Por ora, pode-se afirmar que o Anteprojeto representa um esforço coletivo, sério e equilibrado, no sentido de reunir, sistematizar e melhorar as regras brasileiras sobre processos coletivos, hoje existentes em leis esparsas, às vezes inconciliáveis entre si, harmonizando-as e conferindo-lhes tratamento consentâneo com a relevância jurídica, social e política dos interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos. Tudo com o objetivo de tornar sua aplicação mais clara e correta, de superar obstáculos e entraves que têm surgido na prática legislativa e judiciária e de inovar na técnica processual, de modo a extrair a maior efetividade possível de importantes instrumentos constitucionais de direito processual.

São Paulo, outubro de 2005

Ada Pellegrini Grinover

Professora Titular de Direito Processual da USP

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual

Outubro de 2.005

Ministério da Justiça 3ª versão

ANTEPROJETO DE

CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

Capítulo I – Das demandas coletivas

Art. 1º. Da tutela jurisdicional coletiva A tutela jurisdicional coletiva é exercida por intermédio da ação coletiva ativa (Capítulo II, Seções I e II), da ação coletiva passiva (Cap. III), do mandado de segurança coletivo (Capítulo IV) e das ações populares (Capítulo V, Seções I e II), sem prejuízo de outras ações criadas por lei.

Art. 2º. Efetividade da tutela jurisdicional Para a defesa dos direitos e interesses indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais.

Art. 3º. Objeto da tutela coletiva A demanda coletiva será exercida para a tutela de:

I interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

III interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Parágrafo único. Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Art. 4º - Pedido e causa de pedir Nas ações coletivas, a causa de

pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 5º. Relação entre demandas coletivas Observado o disposto no artigo 20 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver:

I conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, conquanto diferentes os legitimados ativos, e para os fins da ação prevista no Capítulo III, os legitimados passivos;

II continência, pela identidade de partes e causa de pedir, observado o disposto no inciso anterior, sendo o pedido de uma das ações mais abrangente do que o das demais.

Par. 1º. Na análise da identidade do pedido e da causa de pedir, será considerada a identidade do bem jurídico a ser protegido.

Par. 2º. Na hipótese de conexão entre ações coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o juiz prevento deverá obrigatoriamente determinar a reunião de processos para julgamento conjunto.

Par. 3º. Aplicam-se à litispendência as regras dos incisos I e II deste artigo, quanto à identidade de legitimados ativos ou passivos, e a regra de seu parágrafo 1º, quanto à identidade do pedido e da causa de pedir.

Art. 6º. Relação entre demanda coletiva e ações individuais A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 12 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

Par. 1º. Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

Par. 2º. A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

Par. 3º. O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou, após instaurar o, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos individuais referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

Par. 4º. Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual.

Art. 7º. Comunicação sobre processos repetitivos O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao procurador-geral, e este ajuizará a demanda coletiva, designará outro órgão do Ministério Público para fazê-lo, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz.

Art. 8º . Efeitos da citação A citação válida para a demanda coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da ação.

Art. 9º. Prioridade de processamento e utilização de meios eletrônicos O juiz deverá dar prioridade ao processamento da demanda coletiva, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais do juízo e das partes, observados os critérios próprios que garantam sua autenticidade.

Art. 10. Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

Par. 2º. O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

Par. 3º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 4º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 4º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 11. Motivação das decisões judiciais. Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 12. Coisa julgada Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1º. Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria.

Par. 2º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 3º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 28 e 29 deste Código.

Par. 3º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Par. 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

Par. 5º. Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.

Par. 6º. A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Art. 13. Efeitos do recurso da sentença definitiva O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art. 14. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória Na hipótese de o autor da demanda coletiva julgada procedente não promover a liquidação ou execução da sentença, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados (art. 19 deste Código).

Art. 15. Execução definitiva e execução provisória A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

Par. 1º. A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

Par. 2º. A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

Par. 3º. A pedido do executado, o tribunal pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Art 16. Custas e honorários Nas demandas coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

Par. 1º. O Poder Público, quando demandado e vencido, incorrerá na condenação prevista neste artigo.

Par. 2º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

Par. 3º. Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva.

Par. 4º. Os autores da demanda coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Par. 5º. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 17. Juízos especializados Sempre que possível, as demandas coletivas de que trata este Código serão processadas e julgadas em juízos especializados.

Capítulo I – Da ação coletiva ativa

Seção I Disposições gerais

Art. 18. Cabimento da ação coletiva ativa A ação coletiva ativa será exercida para a tutela dos interesses e direitos mencionados no artigo 3º deste Código.

Art. 19. Legitimação São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de relevante interesse social;

IV a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, neste último caso quando os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem predominantemente hipossuficientes;

V as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos;

VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;

VII as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

Par. 1º. Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

Par. 2º. No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

Par. 3º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par. 4º. Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 5º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Par. 6º. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Par. 7º. Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no par. 3º deste artigo.

Par. 8º. Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 7º deste Código.

Par. 9º. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes.

Art. 20. Competência territorial É absolutamente competente para a causa o foro:

I do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II de qualquer das comarcas, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

III - da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas;

IV de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

Par. 1º. A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.

Par. 2º. Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.

Art. 21. Inquérito civil O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

Par. 1º. A eficácia probante, em juízo, das peças informativas do inquérito civil dependerá da participação do investigado, em sua colheita, ressalvadas as perícias, que poderão ser submetidas a contraditório posterior.

Par. 2º. Nos casos em que a lei impuser sigilo, incumbe ao Ministério Público, ao inquirido e a seu advogado a manutenção do segredo.

Par. 3º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

Par. 4º. Os demais legitimados (art. 21 deste Código) poderão recorrer da decisão de arquivamento ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

Par. 5º. O órgão do Ministério Público que promover o arquivamento do inquérito civil ou das peças informativas encaminhará, no prazo de 3 (três) dias, sob pena de falta grave, os respectivos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação e para as medidas necessárias à uniformização da atuação ministerial.

Par. 6º. Deixando o Conselho de homologar a promoção do arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Par. 7º. Constituem crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 22. Da instrução da inicial Para instruir a inicial, o legitimado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

Par. 1º. As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizados para a instrução da ação coletiva.

Par. 2º. Somente nos casos em que a defesa da intimidade ou o interesse social, devidamente justificados, exigirem o sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

Par. 3º. Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado da sentença.

Art. 23. Audiência preliminar Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

Par. 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

Par. 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

Par. 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

Par. 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Par. 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

II poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no par. 1º do artigo 10 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do par. 2º do mesmo artigo.

Art. 24. Ação ressarcitória Na ação ressarcitória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a reparação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à compensação do dano sofrido, ou em indenização voltada à reparação do dano, a qual reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem jurídico prejudicado (artigo 25 deste Código).

Par. 1º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

Par. 2º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, fixando prazo razoável para que as medidas sejam concretizadas;

Par. 3º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

Par. 4º. Aplica-se ao descumprimento injustificado dos par.s 2º e 3º deste artigo o disposto no par. 1º.

Art. 25. Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado, bem como a custear as perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Par. 1º. Além da indenização oriunda da sentença condenatória, prevista no caput do artigo 24, e da execução pelos danos globalmente causados, de que trata o par. 3º do artigo 33, ambos deste Código, constituem receita do Fundo o produto da arrecadação de multas e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada no compromisso de ajustamento de conduta.

Par. 2º. O representante legal do Fundo, considerado funcionário público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

Par. 3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de "amicus curiae".

Par. 4º. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

Par. 5º. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvida.

Seção II – Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art. 26. Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos será exercida para a tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

Par. 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no artigo 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Par. 2º. A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria.

Art. 27. Ação de responsabilidade civil Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art. 2º deste Código), ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 28. Citação e notificações Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes, observado o disposto no par. 5º deste artigo.

Par. 1º. Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado.

Par. 2º. Concedida a tutela antecipada e sendo identificáveis os beneficiários, o juiz determinará ao demandado que informe os interessados sobre a opção de exercerem, ou não, o direito à fruição da medida.

Par. 3º. Descumprida a determinação judicial de que trata o parágrafo anterior, o demandado responderá, no mesmo processo, pelos prejuízos causados aos beneficiários.

Par. 4º. Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar, pelos meios de comunicação social, nova informação, compatível com a extensão ou gravidade do dano, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código.

Par. 5º. Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 29. Efeitos da transação - As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação a título individual.

Art. 30. Sentença condenatória Sempre que possível, o juiz fixará na sentença o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

Par. 2º. Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Par. 3º. O membro do grupo, categoria ou classe que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

Par. 4º. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 31. Competência para a liquidação e execução É competente para a liquidação e execução o juízo:

I - da ação condenatória ou da sede do legitimado à ação de conhecimento, quando coletiva a liquidação ou execução.

II - da ação condenatória ou do domicílio da vítima ou sucessor, no caso de liquidação ou execução individual.

Parágrafo único. O exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação.

Art. 32. Liquidação e execução individuais A liquidação e execução serão promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores, que poderão ser representados, mediante instrumento de mandato, por associações, entidades sindicais ou de fiscalização do exercício das profissões e defensorias públicas, ainda que não tenham sido autoras no processo de conhecimento, observados os requisitos do artigo 15 deste Código.

Par. 1º. Na liquidação da sentença caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Par. 2º. A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Par. 3º. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques, sem expedição de alvará, pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Par. 4º. Na hipótese de o exercício da ação coletiva ter sido contratualmente vinculado ao pagamento de honorários por serviços prestados, o montante destes será deduzido dos valores destinados ao pagamento previsto no parágrafo anterior, ficando à disposição da entidade legitimada.

Par. 5º. A carta de sentença para a execução provisória poderá ser extraída em nome do credor, ainda que este não tenha integrado a lide no processo de conhecimento.

Art. 33. Liquidação e execução coletivas Se possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados do artigo 19 deste Código.

Art. 34. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 19 deste Código promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

Par. 1º. Na fluência do prazo previsto no caput deste artigo a prescrição não correrá.

Par. 2º. O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que poderá ser demonstrado por meio de prova pré-constituída ou, não sendo possível, mediante liquidação.

Par. 3º. O produto da indenização reverterá ao Fundo (art. 26 deste Código), que o utilizará para finalidades conexas à proteção do grupo, categoria ou classe beneficiados pela sentença.

Art. 35. Concurso de créditos Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 26 deste Código e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de recurso ordinário as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Capítulo III – Da ação coletiva passiva

Art. 36. Ações contra o grupo, categoria ou classe Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada,

mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 19, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 3º) e a tutela se revista de interesse social.

Art. 37. Coisa julgada passiva A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

Art. 38. Aplicação complementar às ações coletivas passivas Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível.

Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no art. 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo da demanda.

Capítulo IV - Do mandado de segurança coletivo

Art. 39. Cabimento do mandado de segurança coletivo Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 3º deste Código).

Art. 40. Legitimação ativa O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I. Ministério Público;

II. Defensoria Pública;

III. partido político com representação no Congresso Nacional;

IV. organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblear.

Parágrafo único. O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Art. 41. Disposições aplicáveis - Aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições do Capítulo I deste Código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16 e seus parágrafos) e as da Lei n.º 1.533/51, no que não for incompatível.

Capítulo V – Das ações populares

Seção I – Da ação popular constitucional

Art. 42. Disposições aplicáveis Aplicam-se à ação popular constitucional as disposições do Capítulo I deste Código e as da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

Seção II – Ação de improbidade administrativa

Art. 43. Disposições aplicáveis A ação de improbidade administrativa rege-se pelas disposições do Capítulo I deste Código e pelas da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Capítulo VI – Disposições finais

Art. 46. Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham acesso ao conhecimento da existência de ações coletivas, facilitando a sua publicidade.

Par. 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

Par. 2º. O Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 90 (noventa) dias, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos, incluindo a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência de processos coletivos e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado, a interposição de recursos e seu andamento, a execução provisória ou definitiva; disciplinará, ainda, os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

Art. 47. Instalação de órgãos especializados A União, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 48. Princípios de interpretação - Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata.

Art. 49. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil
Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento.

Parágrafo único. Os recursos cabíveis e seu processamento seguirão o disposto no Código de Processo Civil e legislação correlata, no que não for incompatível.

Art. 50. Nova redação Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a - O artigo 273 do Código de Processo Civil passa a vigorar com a seguinte redação, acrescidos os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D:

“Art.273.....

§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C)”.

§5º “Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz”.

Art.273-A. “A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

Art.273-B. “Aplicam-se ao procedimento antecedente, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código”.

§1º “Concedida a tutela antecipada, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

a – ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b – ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.”

§ 2º “Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

Art. 273-C. “Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.”

Parágrafo único. “Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

Art. 273-D. “ Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”

b – O artigo 10 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 10: “Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido, dentro de 5 (cinco) dias, o representante da pessoa jurídica de direito público, responsável pela conduta impugnada, os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a

decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”.

c – O artigo 7º, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

Art.7º “.....

I.....

a – além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público, que poderá intervir no processo como litisconsorte ou fiscal da lei, devendo fazê-lo obrigatoriamente quando se tratar de interesse público relevante, vedada, em qualquer caso, a defesa dos atos impugnados ou de seus autores.”

d – Acrescente-se ao artigo 18 da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965 um parágrafo único, com a seguinte redação:

Art.18º.....

Parágrafo único. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.”

e – Acrescentem-se ao artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dois parágrafos, numerados como 1º e 2º, renumerando-se os atuais parágrafos 1º, 2º e 3º como 3º, 4º e 5º:

Art.17 “.....

Par. 1º Nas hipóteses em que, pela natureza e circunstâncias de fato ou pela condição dos responsáveis, o interesse social não apontar para a necessidade de pronta e imediata intervenção do Ministério Público, este poderá, inicialmente, provocar a iniciativa do Poder Público colegitimado, zelando pela observância do prazo prescricional e, sendo proposta a ação, intervir nos autos respectivos como fiscal da lei, nada obstante que, em havendo omissão, venha a atuar posteriormente, inclusive contra a omissão, se for o caso.

Par. 2º - No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, cabendo-lhe suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

Par.3º.....

Par.4º.....

Par.5º.....”

f – O artigo 80 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 80: “As ações individuais movidas pelo idoso serão propostas no foro de seu domicílio, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa”.

Art. 51. Revogação Revogam-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 52 - Vigência - Este Código entrará em vigor dentro de cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

Outubro de 2005.

2. ENTREVISTA

MPMG Jurídico: Qual a opinião do senhor a respeito da codificação ou não do processo coletivo no Brasil?

Professor Nelson Nery Junior: Hoje, no Brasil, o processo coletivo está regulado de forma esparsa pela Lei da Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor, por outras leis mais específicas ou por meio de dispositivos na Constituição Federal que tratam do assunto.

A idéia de se codificar, de forma a deixar tudo junto numa legislação única, tem a vantagem de fazer com que essa temática do processo coletivo tenha a sua própria principiologia regulada de forma normativa. Entretanto, para essa nova empreitada há a necessidade de um grande esforço de toda a sociedade na construção do texto normativo que consagre a principiologia do processo coletivo, com especial atenção para diretrizes constitucionais.

MPMG Jurídico: Há um movimento muito grande pela codificação do processo coletivo no País. Já existem alguns anteprojetos na USP, na UERJ. Gostariamos de saber quais os riscos do encaminhamento destes projetos ao Congresso Nacional sem o devido estudo e debate.

Professor Nelson Nery Junior: A Lei da Ação Civil Pública foi feita em 1985 e tem surtido efeito, tem mostrado que veio prestar um grande serviço à cidadania brasileira. Na verdade é um texto social em geral. Para se mudar isto e fazer um código coletivo, revogando a LACP, que tem prestado relevantes serviços à sociedade brasileira, seria necessário que houvesse um amplo e geral debate com a sociedade sobre essa nova codificação.

É temerário que se faça um projeto de forma burocrática nessa universidade ou naquele instituto e que se envie ao Congresso e se faça lobby dentro dele para o texto ser aprovado, como tem sido feito, por exemplo, com o Código de Processo Civil nas suas pequenas reformas.

Não pode ser feita apenas com experiência empírica. É necessário que se faça uma codificação ou a modificação de um código de acordo com experiência dogmática e científica, além dos aspectos político-ideológicos que têm que ser discutidos com toda a sociedade.

Vejo com muita apreensão as pequenas reformas do CPC, que têm sido encaminhadas com muita boa vontade por membros do Poder Judiciário, membros de Tribunais Superiores, por exemplo, mas que têm sido pouco debatidas previamente com a sociedade brasileira e com a comunidade científica.

Mudar códigos não pode ser pela mera experiência

empírica ou com base na casuística dos tribunais. Mudança de código tem que ser feita por quem entende de sistema, e nem sempre aquele que está à frente, julgando, conhece o sistema. Por isso, não é por acaso que as comissões que elaboram os códigos têm sido entregues a juristas. Isso acontece no mundo inteiro. Tivemos, recentemente, o Código Civil, com o Professor Miguel Reale encabeçando a comissão de Juristas. Criar ou alterar códigos é mudar o próprio sistema jurídico.

Não basta o conhecimento prático do Magistrado. É preciso que a experiência da ciência seja trazida a lume para se discutir um código. É assim que vejo em relação à elaboração de um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo.

Não é porque está sendo feito no âmbito de uma universidade ou de um instituto, mesmo numa comissão de Magistrados, por exemplo, que será bem feito. Seria necessário o seu debate real e efetivo com toda a comunidade nacional, com a comunidade acadêmica e com o Ministério Público, que é um dos interessados maiores nessa codificação coletiva, por ser titular diferenciado da ação civil pública e das outras ações coletivas em geral.

Como é que não se ouve o Ministério Público? Não tenho notícias de que esteja efetivamente sendo ouvido quanto à elaboração dos anteprojetos de Código Brasileiro de Processo Coletivo.

MPMG Jurídico: O Senhor é um dos autores do anteprojeto da lei da Ação Civil Pública. O que o Senhor acha da tese que tem sido levantada de se admitir o controle da representatividade adequada pelo Juiz no Brasil?

Professor Nelson Nery Junior: Quando nós elaboramos o anteprojeto que acabou se convertendo na LACP, em 1984, pensou-se que esse projeto fora inspirado, parcialmente, na regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedures*, as regras federais de direito processual dos Estados Unidos. Essa regra 23 contém o regulamento das *Class Actions*, ações de classe, que é a ancestral da nossa ação civil pública.

Àquela altura, há 21 anos, nós da comissão discutimos muito a respeito desse assunto e verificamos que, na realidade norte-americana, o Juiz controla a legitimidade *ad causam* de uma associação civil pela sua representatividade adequada, verifica se a associação realmente representa aqueles interesses e se não é uma associação de ocasião dos integrantes. Lá, esse parâmetro e essa sistemática podem ter a sua validade, a sua eficácia, mas, no Brasil, nós entendemos, à época, que não seria correto, seria burocratizar demais a legitimidade para o exercício da ação civil pública, um instrumento tão importante socialmente.



O Professor Nelson Nery Junior (à esq.) e o Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

O Professor-Doutor Nelson Nery Junior é hoje um dos autores que mais influenciam a cultura jurídica de nosso País. Autor de diversas obras de leitura obrigatória, esse jurista também esteve presente nos momentos mais importantes para o nascimento e efetividade da tutela coletiva brasileira, seja como integrante de comissões de elaboração de anteprojetos de leis (Lei nº 7.347/85 LACP e Lei nº 8.078/90 CDC), seja como membro muito atuante do respeitado Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em nome do MPMG Jurídico, no dia 14 de setembro de 2005, o Promotor de Justiça-Assessor Especial do Procurador Geral de Justiça, Gregório Assagra de Almeida, esteve com o Professor Doutor Nelson Nery Junior em Belo Horizonte. Na pauta, eles conversaram sobre ações coletivas e as perspectivas da codificação do processo coletivo no Brasil, suas razões e os pontos mais polêmicos em torno dos quais a doutrina especializada tem debatido. Ao final e antes de ministrar palestra sobre a "codificação ou não do processo coletivo brasileiro", o renomado jurista concedeu entrevista ao MPMG Jurídico, respondendo às questões que seguem.

Colocamos, então, uma representatividade *ex lege* e não *ope judicis*. A lei já determina no Artigo 5º da LACP, por exemplo, quem é a parte legítima para entrar com a ação e ali existem requisitos objetivos, associação de classe constituída há mais de um ano e que tenha nos seus objetivos associativos a defesa de um dos direitos tutelados pela LACP, como o direito ambiental, direito do consumidor, direito de proteção dos bens estéticos, históricos turísticos e paisagísticos do país e assim por diante. Entretanto, dizer que uma associação, ainda que com esses requisitos, teria ainda de ver avaliada a sua legitimidade por obra do Juiz, que seria o senhor da situação, para dizer quando é que uma associação tem legitimidade para estar em juízo ou não na defesa daqueles direitos tutelados pela demanda coletiva, seria uma situação não adequada à realidade nacional. É 'americanismo' o que esses projetos estão querendo introduzir no Brasil, capitaneados por colegas eminentes, não resta dúvida.

É uma tese com a qual não concordo, acho que ela é americana e não brasileira. Isso foi discutido em um congresso no México em 2002. Até escrevi um artigo, publicado em um desses Anais, em que se discutia o Código Modelo Ibero-América de Processos Coletivos com essa importação norte-americana. Tivemos um orientando que concluiu seu doutoramento pela PUC de São Paulo, com um trabalho belíssimo sobre a ação coletiva e hoje é professor da Universidade da Pensilvânia, o Antônio Gidi. Ele está muito imbuído dessa idéia e querendo influenciar o Direito brasileiro com esse americanismo da representatividade adequada. Apesar da boa vontade dele, acho que essa idéia não é adequada para o Direito brasileiro. Pode funcionar muito bem nos Estados Unidos. No Brasil, ela não vai funcionar. A nossa realidade é outra, os Juízes não podem ficar com a tarefa de fiscalizar a legitimidade das associações, isso tem que ser uma coisa que decorra da lei objetivamente.

MPMG Jurídico: Qual a sua opinião sobre a relevância social das ações coletivas?

Professor Nelson Nery Junior: O dia-a-dia do foro brasileiro já está demonstrando que o Brasil era um antes da LACP e é outro depois. Antes de 24 de julho de 1985, quando entrou em vigor a LACP, Lei 7.347/85, praticamente não havia tutela do meio ambiente, do consumidor. Depois de sua criação, deu-se um instrumental para a sociedade brasileira para que ela pudesse fazer valer os seus direitos metaindividuais nessas áreas, até então pouco exploradas e pouco defendidas no Brasil.

A relevância social é total. Tanto tem dado resultado e eficácia, que alguns de seus detratores, porque a eles não interessa que haja uma cidadania com efetividade, estão querendo amordaçar o Ministério Público, por exemplo, ao dizer que não cabe ação coletiva aqui e acolá. Estão sempre querendo modificar essa legislação, dizendo que não pode isso, não pode aquilo. Eles representam uma parcela do poder econômico, a quem não interessa a tutela da cidadania por meio de ação coletiva e também uma outra parcela do poder político, a quem também não interessa uma fiscalização, por exemplo, por meio da ação coletiva, da probidade administrativa e assim por diante. Então, as reações estão demonstrando que a ação tem surtido efeito. É um instrumento fantástico de cidadania que o Brasil conquistou em 1985 e constitui a inclusão, na legislação, de instrumentos que apequenem essa ação coletiva, como esse da representatividade adequada, de Juiz fiscalizar quando é que alguém pode ou não entrar com uma ação coletiva no Brasil.

MPMG Jurídico: O que o senhor pensa sobre a vedação legal da discussão sobre os tributos em ações coletivas?

Professor Nelson Nery Junior: Isso está sendo pouco

estudado no Brasil e a nossa jurisprudência, principalmente a dos Tribunais Superiores, não tem sido feliz, com todo o respeito que merecem aquelas Cortes de Brasília. Tem-se entendido, por exemplo, que direito tributário não é direito do consumidor. O problema é que há a Lei 7.347/85, cujo art. 21 diz que se aplica esse sistema da LACP a toda e qualquer ação que verse sobre direito difuso, coletivo ou individual. Temos um texto legal que determina a possibilidade de utilização dessa ação em qualquer demanda metaindividual. E se, por exemplo, tivermos uma ação coletiva, em que os contribuintes de determinado tributo estão com um problema X e se o Ministério Público identificar o problema, nada impede que ele venha a utilizar-se da ação civil pública ou de outra ação coletiva cabível para a defesa do contribuinte, coletivamente considerado, defesa essa que também é de interesse social.

A definição do que são direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos está no art. 81, parágrafo único, do Código do Consumidor. É perfeitamente adequado o enquadramento concreto de contribuintes de determinados tributos no contexto de um direito metaindividual difuso, coletivo ou até individual homogêneo. Identificado um direito como sendo difuso, coletivo ou mesmo como sendo direitos individuais homogêneos, a defesa dele em juízo pode ser feita por meio de ação coletiva, independente de a matéria ser tributária, comercial, civil ou administrativa.

É perfeitamente cabível ação civil pública para se discutirem questões tributárias. O que está ocorrendo é uma indevida proteção do Fisco por setores do Poder Judiciário, que não querem que haja uma concentração do problema tributário numa única ação com provimento potencializado, como no caso da ação civil pública. Quando o governo edita normas inconstitucionais, abusivas e ilegais, ele confia na inércia da população, aposta que apenas um, dois, três ou mil contribuintes reclamarão. Milhões de pessoas não viriam a juízo, porque não compensaria discutir individualmente R\$500,00 ou R\$1.000,00. Entretanto, se o Ministério Público move uma ação coletiva cuja coisa julgada tem validade *erga omnes*, beneficiando todos os contribuintes, isso pode ser preocupante para o governo, para o Fisco que está praticando atos ilegais e não quer que sejam controlados. Esse é um problema ideológico, filosófico e político importantíssimo.

A razão política parece ser o motivo pelo qual os Tribunais Superiores têm criado óbices ao exercício da ação civil pública para defesa de direitos tributários nela discutidos. Do ponto de vista legal, como eu disse, não há óbice nenhum para que se mova ação coletiva em matéria tributária. Tanto isso é verdade que o ex-Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, editou uma medida provisória para acrescentar um parágrafo no Art. 1º da LACP, dizendo que não é cabível a ação civil pública para a discussão de matéria previdenciária, tributária etc. Então, colocou-se um parágrafo na LACP, por meio de medida provisória, inconstitucional na forma e no fundo. Na forma, porque não havia razão para o Presidente da República editar uma medida provisória sem esperar o processo legislativo normal. Não havia urgência para isso, ainda mais para alterar uma lei que está em vigor no País há vinte anos. No fundo, porque ofende o Art. 5º, XXXV, da CF/88, cláusula pétrea, que é o artigo que prevê a inafastabilidade do controle jurisdicional e que garante o direito de ação.

A lei não pode excluir da apreciação judicial nenhuma ameaça ou lesão a direito. Seja ele individual ou metaindividual, não importa, pois a Constituição Federal não faz distinção. Como então poderia o parágrafo único da LACP, que foi incluído por força de medida provisória inconstitucional, estabelecer que fica excluída da apreciação judicial a ação civil pública quando ela versar sobre tributo?

Essa matéria fere também o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, porque foi o Presidente da República que editou uma norma, impedindo que se ajuizasse ação contra ato dele e governo. A moralidade administrativa foi absolutamente ofendida com a edição dessa medida provisória. O Congresso até poderia fazer isso, mas o Presidente da República baixar uma norma com eficácia de lei, como a medida provisória, dizendo que não quer que os seus atos sejam controlados por meio de ação coletiva, é flagrantemente inconstitucional. Isso foi ao Supremo Tribunal Federal, que disse que não havia irregularidade na medida provisória. Com todo respeito que merecem os que pensam em contrário, não tem o menor cabimento dizer que é constitucional essa medida provisória que acrescentou esse parágrafo espúrio e inconstitucional na LACP.

Portanto, sobre essa questão de matéria tributária, o problema é político, não é jurídico. Juridicamente não há óbice algum. O problema é político. O Fisco, em todas as suas três formas, municipal, estadual e federal, não quer ser fiscalizado *erga omnes*, porque ele aposta na pulverização das questões tributárias. As reclamações serão poucas, individuais. Pela ação civil pública, a proteção será coletiva e poderá beneficiar todos, de forma a aniquilar um imposto inconstitucional. Isso não interessa ao Fisco,

que não quer cumprir o sistema legal brasileiro.

MPMG Jurídico: Qual mensagem o senhor deixa ao Ministério Público neste momento de crise política no País? Qual a importância do Ministério Público neste contexto?

Professor Nelson Nery Junior: O Ministério Público é uma Instituição que, a cada dia, vem se afirmando como uma grande defensora do interesse social. É uma Instituição que ganhou corpo mais visível e que ganhou uma visibilidade fantástica com a Constituição Federal de 1988. Vejo o fortalecimento do Ministério Público como uma situação necessária para que nós aperfeiçoemos o regime democrático no Brasil. Assim, se é tarefa do Ministério Público, segundo o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, defender o regime democrático, a ordem jurídica, os interesses sociais e individuais indisponíveis, ele não pode ser desprumado de sua função máxima, que é essa, estipulada na Constituição Federal, com apequenamentos dados aqui e acolá, o que poderá pulverizar a sua atuação, que é constitucionalmente garantida e exigida.

É um dever-poder do Ministério Público mover a ação civil pública, defender a cidadania e o regime democrático quando isso for necessário. A mensagem que eu deixo é: fortaleçam o Ministério Público na defesa da sociedade brasileira e da

3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 Dos legitimados para a ação de impugnação de mandato eletivo

Edna Márcia Rodrigues

Ex-Assessora Jurídica do TRE-MG. Especialista em Direito Público

Segundo pode ser facilmente verificado na doutrina, a legitimidade ativa para impugnação de um mandato eletivo é reconhecida aos candidatos, partidos políticos, coligações e Ministério Público.

José Rubens Costa leciona que, “Na hipótese constitucional da ação de impugnação de mandato eletivo não houve previsão da parte ativa, deduzidos, por analogia, os mesmos legitimados da investigação, partido, coligação, candidato e Ministério Público.”, ressaltando, contudo, o seu posicionamento contrário àquele que reconhece legitimidade ativa a partido ou coligação. (*Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*, Del Rey, 2004, p. 15 e 16.)

Consoante se depreende da obra de Adriano Soares da Costa, *Instituições de Direito Eleitoral*, 4. ed. Del Rey, p. 374, são legitimados para o ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo os partidos políticos, coligações, Ministério Público e candidatos, defendendo, outrossim, os eleitores como possuidores dessa legitimidade.

Também a jurisprudência dos Tribunais, em sintonia com as reiteradas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, entende como legitimados *ad causam* os candidatos, partidos políticos, coligações e Ministério Público, ou seja, os mesmos elencados no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990, para o fim de promover a ação de investigação judicial eleitoral.

O entendimento tem como ponto de partida a inexistência de legislação infraconstitucional regulando a ação de impugnação de mandato eletivo.

Alguns aspectos devem ser evidenciados antes de concluir-se pelo rol apresentado pela doutrina e jurisprudência.

O inciso XV, do art. 22, da Lei Complementar nº 64, de 1990, preceitua que “se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11 da Constituição Federal, e art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral.”

Uma cuidadosa análise do inciso revela-se surpreendente. É que o texto nos diz, com clareza e, portanto, de forma indubitável, que apenas ao Ministério Público Eleitoral é reconhecida a legitimidade para cassar o mandato eletivo do candidato que logrou êxito nas urnas.

Em verdade, o mandato eletivo é proveniente da vontade popular numa afirmação do princípio da soberania popular consignado no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente.”

O mandato conquistado não o foi por causa do voto de *fulano* ou de *beltrano*, mas sim de todos aqueles eleitores

pertencentes a um determinado Município, Estado ou País. Várias pessoas ligadas entre si por uma situação de fato, qual seja, o vínculo, por certo tempo, em determinado lugar a lhes assegurar o domicílio eleitoral, *outorgaram* o seu poder a um representante seu. Esses poderes, na sua origem individuais, somados, é que dão origem ao mandato eletivo, fruto de uma campanha política, em tese, idônea, lícita e que, por essa razão, mereceu a confiança da sociedade traduzida em votos. Acaso o mandato tenha sido conseguido com a violação ao ordenamento jurídico, este (mandato) pode ser cassado. Não obstante a legitimidade do voto, não tem o condão de convalidar um mandato conquistado de forma inidônea, ou seja, com a utilização de abuso de poder econômico, fraude ou corrupção, diante da possibilidade de sua impugnação.

Voltando ao tema principal, sendo o mandato eletivo o somatório de todos os votos recebidos, a consequência que se vislumbra é a indivisibilidade do poder outorgado, existindo, em contrapartida, o direito de impugná-lo ou não que, o que não compete a cada indivíduo isoladamente e sim à sociedade.

Segundo Torquato Jardim, na obra *Direito eleitoral positivo*, p. 176, “...o bem jurídico tutelado é de natureza coletiva, indivisível, do interesse de todos, para o qual irrelevante a vontade ou o interesse individual, qual seja, o sufrágio universal mediante voto direto e secreto...”. É nessa linha de pensamento que não se traduz verdadeira a premissa de que os partidos políticos, candidatos e coligações têm direito a um mandato lícito. Primeiro porque o direito ao voto não pertence aos partidos políticos e nem às coligações, o que já é suficiente para concluir pela ausência da legitimidade *ad causam*. Segundo porque, ao impugnar um mandato, os partidos políticos e coligações estão vislumbrando a possibilidade de um candidato seu, que obteve a segunda maior votação, vir a ocupar o cargo eletivo. Esse mesmo raciocínio é utilizado em relação aos candidatos que querem, em verdade, uma segunda chance de conquistar o mandato. Esses, reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como legitimados ativos, não têm interesse no mandato enquanto poder emanado do povo, enquanto concretização da principiologia encerrada na Constituição Federal, qual seja, a soberania popular e o regime democrático. O interesse que se vislumbra nos partidos políticos, coligações e candidatos é, em síntese, o privado, e ao ser legitimada pelos Tribunais está-se, em verdade, sobrepondo o privado ao público. Assim, não pode ser aceita a jurisprudência e doutrina dominantes que emprestem à ação de mandato eletivo o rol de legitimados ativos pertencentes à ação de investigação judicial, em razão da falta de previsão legal e diante da ausência absoluta de um direito a que eles, candidatos, partidos políticos e coligações, sejam titulares.

Saliente-se ainda que a ação de investigação judicial eleitoral possui outro objeto que não é o mandato, fruto do somatório de cada poder individualmente considerado. Seu objeto é distinto do objeto da ação de impugnação de mandato eletivo.

Naquela ação o que se tutela é a igualdade que deve existir entre os candidatos, ressalvado o objeto da ação de investigação judicial fulcrada no art. 41 A da Lei nº 9.504, de 1997, consistente em assegurar e garantir a liberdade do voto. Nesta (ação de impugnação de mandato eletivo) o objeto é o próprio mandato, soma das vontades individuais de cada eleitor. Não é despidendo dizer que o mandato eletivo é indivisível, embora tenha nascido de vontades individuais, o que se busca proteger é a igualdade entre os candidatos, o legislador entendeu que os titulares do direito em ajuizar a ação de investigação judicial são realmente os partidos políticos, coligações e candidatos, além do Ministério Público.

É em razão desse raciocínio que não se pode fazer uso deste mesmo rol de legitimados ativos para o fim de emprestá-lo para a ação de impugnação de mandato eletivo, sem dizer, reiterese, que a legitimidade ativa decorre de lei e não de criação da jurisprudência, o que tem como consequência a usurpação de competência pelo Poder Judiciário como já dito alhures.

Diante da conclusão de que o mandato eletivo decorre da soma de vontades individualmente consideradas, entendemos pela sua indivisibilidade, o que nos faz constatar que, em relação aos seus outorgantes, o mandato eletivo é um direito difuso, cujo conceito nos é fornecido pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078, de 1990, *in verbis*: “I interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Sendo direito difuso, nos termos ora colocados, não pertence, à luz da ordem infraconstitucional, a cada cidadão isoladamente considerado e muito menos aos partidos políticos, coligações e candidatos, mas sim a toda sociedade para fins da legitimidade ativa do Ministério Público prevista na Lei Complementar nº 64, de 1990.

Nessa acepção, a legitimidade ativa do Ministério Público, contida no inciso XV do art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990, está em harmonia com as suas atribuições constitucionais, estabelecendo o art. 127 da Constituição Federal

que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses sociais** e individuais indisponíveis.” (Destaque nosso)

É importante salientar que quanto ao cidadão, se por um lado o legislador não fez referência a ele como legitimado ativo para fins de impugnação de mandato eletivo na ordem infraconstitucional, por outro lado essa previsão é absolutamente desnecessária na medida em que o reconhecimento de sua legitimidade se ajusta aos postulados maiores da Constituição Federal: a soberania popular e o estado democrático de direito, sem perder de vista a cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nessa acepção, o povo, outorgante do poder aos representantes por ele escolhidos, é o titular de todos os direitos políticos considerados em sentido amplo no inciso II, do art. 1º, da Carta Política, podendo sim, enquanto cidadão, impugnar o mandato eletivo conseguido de forma ilícita. Assim, compatível é com os princípios balizadores da Constituição Federal e de toda a ordem jurídica o reconhecimento da legitimidade ativa ao eleitor, não sendo obstáculo a esse entendimento sua ausência no rol contido no inciso XV do art. 22 da Lei Complementar 64, de 1990.

Na obra *Direito Processual Coletivo Brasileiro* um novo ramo do direito processual, Saraiva, 2003, p. 318, Gregório Assagra de Almeida, contrário à interpretação restritiva emprestada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao tema, leciona que “Realmente o legislador constituinte conferiu contornos amplos à ação de impugnação de mandato eletivo. Ele assim o fez, a fim de que fossem flexibilizados os requisitos de admissibilidade processual desta magnífica ação constitucional, de forma que qualquer pessoa, especialmente o eleitor, pudesse comparecer em juízo para impugnar um mandato eletivo obtido mediante abuso do poder econômico, fraude e corrupção.” Além de entender como possuidor de legitimidade ativa o eleitor, Assagra sustenta ainda o elastecimento do rol para fazer nele incluir a legitimidade do Ministério Público, dos partidos políticos, das coligações, dos candidatos, dos eleitores, incluindo a dos sindicatos e associações.

3.1.2 O controle difuso e incidental da constitucionalidade como garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da CF)

Gregório Assagra de Almeida

*Mestre em Direito Processual Civil e Doutorando em Direitos Difusos pela PUC-SP.
Promotor de Justiça Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

O Brasil adotou o sistema jurisdicional misto de controle da constitucionalidade. De um lado, temos o controle abstrato e concentrado, que é exercido em processos de tutela de direito objetivo perante as Cortes Constitucionais pátrias (STF na sua condição de Corte Constitucional Nacional e Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal, que também atuam como Cortes Constitucionais Regionais). De outro, temos o controle difuso ou incidental, que é exercido nos processos de tutela de direitos subjetivos.

Qualquer juiz ou tribunal possui competência para exercer o controle difuso ou incidental da constitucionalidade ao apreciar, incidentalmente, de ofício ou mediante provocação da parte ou do interessado, questão relacionada com a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Portanto, no direito brasileiro, qualquer juiz ou tribunal

pode recusar a aplicação de uma lei, diante de um caso concreto, por considerá-la inconstitucional.

Não é possível no controle difuso ou incidente da constitucionalidade que se formule pedido *principaliter* de declaração de inconstitucionalidade, o que é próprio do controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade.

Se o que se pretende é o exercício do controle difuso ou incidente de constitucionalidade, o demandante poderá requerê-lo na inicial, em qualquer manifestação no curso do processo ou até mesmo pela via recursal.

Quando o controle versar sobre norma de conteúdo processual que diga respeito aos requisitos de admissibilidade processual (pressupostos processuais ou condições da ação), o demandante deverá provocar a discussão da matéria em sede de preliminar da sua inicial.

Todavia, se a norma por ele apontada como inconstitucional diz respeito à questão de mérito, ele deverá provocar a discussão na causa de pedir, mais precisamente dentro da fundamentação jurídica do pedido.

Já nas hipóteses em que se pretenda o controle difuso ou incidental sobre lei ou norma limitadora ou proibitiva, se liminar (cautelar ou de antecipações dos efeitos da tutela final pretendida), o demandante deverá suscitar o controle no tópico da inicial referente ao requerimento de concessão da liminar.

O demandado poderá suscitar o controle difuso ou incidental no corpo da contestação, por petição incidental nos autos ou pela via recursal.

O terceiro juridicamente prejudicado também poderá suscitar o controle difuso ou incidental por petição nos autos, pela via recursal ou até mesmo pela via do mandado de segurança.

O certo é que não há forma rígida ou prazo para se suscitar o controle difuso ou incidental da constitucionalidade no curso do processo, até porque esse controle é *matéria de ordem pública* e, por isso, não gera, pelo menos em tese, preclusão.

Por outro lado, a decisão que concluir pela inconstitucionalidade em sede de controle difuso atingirá exclusivamente as partes entre as quais for proferida. Os efeitos são, assim, *inter partes* e, em regra, *extunc*.

Basicamente são dois os dispositivos constitucionais que fundamentam o controle difuso ou incidental da constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro: a) art. 5º, XXXV, da CF, que consagra o denominado *princípio da inafastabilidade das decisões judiciais*; b) o art. 97 da CF, que consagra e exige a observância pelos tribunais, para o controle difuso, da *cláusula constitucional de reserva de plenário*.

Assim, pelo que se observa, o controle difuso ou incidental da constitucionalidade é garantia constitucional fundamental. É o que se extrai do art. 5º, XXXV, da CF, quando diz que *a lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito*.

Com efeito, tem aplicabilidade imediata (§ 1º, do art. 5º, da CF), não lhe é compatível interpretação restritiva e tem natureza de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF). Não fosse isso, é *questão de ordem pública* e, a depender da situação, poderá ser também de *interesse social*, o que impõe, havendo demanda em curso, que o Judiciário se pronuncie inclusive *ex officio*: nenhum juiz está obrigado a observar uma lei ou ato normativo que entenda que seja

inconstitucional.

Entendemos que é possível que o juiz ou tribunal venham a exercer, excepcionalmente, o controle difuso e incidental até mesmo dos efeitos vinculantes de decisão do STF, proferida, por controle abstrato, em ação com pedido declaratório de constitucionalidade. É certo que esse controle é excepcional, mas poderá ser exercido concretamente, com base no art. 5º, XXXV, da CF, que é garantia constitucional fundamental, para evitar a ocorrência de dano grave, irreparável ou de difícil ou incerta reparação.

A essa conclusão se chega porque o controle difuso de constitucionalidade é garantia fundamental e o acesso à justiça, como acesso a uma ordem jurídica justa, é um dos mais relevantes direitos de um sistema democrático, até porque é por seu intermédio que geralmente são viabilizados os demais direitos constitucionais fundamentais.

Também entendemos que é possível o exercício do controle incidental ou difuso da constitucionalidade das *súmulas vinculantes*, as quais poderão ser editadas pelo STF por força da Emenda Constitucional 45/2004, que se refere à Reforma do Poder Judiciário. Essa Emenda Constitucional fez inserir, dentre outros dispositivos, o art. 103-A na CF, que permite ao Pretório Excelso a edição de súmulas em caráter vinculante. Todavia, poderá ocorrer que a súmula editada pelo STF, em caráter vinculante, possa, diante de uma determinada situação concreta, gerar lesão ou ameaça a direito e, assim, nada impede o seu afastamento, pelo juízo competente, com base no art. 5º, XXXV, da CF, que é, repita-se, garantia constitucional fundamental de aplicabilidade imediata, além de estar inserido dentro da categoria das cláusulas pétreas.

Por fim, convém destacar que o STF já firmou entendimento no sentido de que a denegação de medida cautelar, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não impede que se proceda ao julgamento concreto, pelo método difuso, de idêntico litígio constitucional. Aduziu o Pretório Excelso que a existência de decisão plenária proferida em sede de controle abstrato da constitucionalidade, de que tenha resultado o indeferimento do pedido de medida cautelar, não impede que se proceda, desde logo, por meio do controle difuso, ao julgamento de causas em que se deva resolver, *incidenter tantum*, litígio instaurado em torno de idêntica controvérsia constitucional (RTJ 183/1173-1174, Rel. Min. Celso de Mello; também, cf. RLC 2.530/BA, rel Min. Sepúlveda Pertence).

Cristiane de Lima Hosken

Bacharela em Direito

Oficiala do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

A expressão ação afirmativa, *affirmative action*, consagrada originariamente nos Estados Unidos, é atribuída ao ex-presidente norte-americano John F. Kennedy que, em 1961, além de proibir a diferentes instituições governamentais daquele país de cometerem contra candidatos a empregos atos discriminatórios orientados por sua cor, religião, sexo ou nacionalidade, estimulava ainda a fazerem uso da ação afirmativa na contratação de seus funcionários.

No governo de Lyndon Johnson (1963-1968), foram criados mecanismos e estratégias importantes, com a aprovação do *Civil Right Act*, visando à inibição das discriminações no mercado de trabalho, devendo ser observada pelos grandes e pequenos

empregadores, incluindo-se as universidades públicas e privadas.

No Brasil, o exemplo histórico ocorreu no governo de Getúlio Vargas. Em 1930, afirmando atender aos reclamos do movimento operário, Vargas promulgou a Lei da Nacionalização do Trabalho (Decreto n.º 19.482/30), com o objetivo de defender o trabalhador nacional da concorrência do estrangeiro. Por essa lei, o Estado brasileiro exigia que o quadro de trabalhadores empregados em estabelecimentos comerciais e industriais da época fosse formado, no mínimo, por dois terços de trabalhadores brasileiros, além de reduzir as cotas de imigração.

Joaquim B. Barbosa Gomes define ações afirmativas como:

um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”.¹

Destaca-se ainda trecho do voto do Ministro Relator Luiz Fux, no REsp n.º 567873/MG:²

Como de sabença, as ações afirmativas, fundadas em princípios legitimadores dos interesses humanos reabre o diálogo pós-positivista entre o direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, cânones que remontam às mais antigas declarações Universais dos Direitos do Homem. Enfim, é a proteção da própria humanidade, centro que hoje ilumina o universo jurídico, após a tão decantada e aplaudida mudança de paradigmas do sistema jurídico, que abandonando a igualização dos direitos optou, axiologicamente, pela busca da justiça e pela pessoalização das situações consagradas na ordem jurídica.

Teoricamente, as ações afirmativas têm como objetivos a consubstanciação do princípio da igualdade material assegurado na CR/88, sendo gradativamente inseridas na política social por meio da legislação e de práticas governamentais.

A CR/88, desde o seu Preâmbulo, preconiza o princípio da isonomia, instituindo um Estado Democrático de Direito que seja destinado a assegurar a igualdade e a justiça como valores supremos da República Federativa do Brasil, sendo, portanto, pressupostos existenciais para a garantia da redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, substancialmente formalizada, por exemplo, em seu artigo 5º, I, XXXII, LXXIV, art. 7º, XXX e XXXI, art. 170, VII, 205, entre outros.

Notas Bibliográficas:

¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*: (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

² <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=a%E7%E3o+afirmativa&processo=567873&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1> acesso em 17.11.2005.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 9/10.

3.1.4 O papel do Ministério Público brasileiro no mundo globalizado

Glauber Tatagiba

*Promotor de Justiça-MG
Mestre em Direito do Estado*

São muitas as metáforas usadas nas últimas décadas para expressar as transformações sociais, econômicas, políticas e culturais que atingem todo o mundo: “Primeira revolução mundial” (Alexander King), “Terceira onda” (Alvin Toffler), “Aldeia global” (McLuhan), etc. Nessa esteira também surgem várias denominações em diversas bibliografias tentando descrever e interpretar tais mudanças: “Economia-mundo”, “Nova visão internacional”, “Desterritorialização”, “Hegemonia global”, dentre outras mais. Cada uma priorizando certos aspectos e suscitando ângulos diferentes da mesma problemática: a globalização, que influencia e modifica, como que por um processo osmótico, quaisquer formas e instituições com as quais entra em contato.

O certo é que a globalização gira em torno das relações econômicas e a universalização do capitalismo, o que possibilita a integração dos mercados em velocidade avassaladora, favorecendo a intensificação da circulação de bens, capitais, tecnologias, cultura e informações em escala mundial, afetando a

Ressalte-se que a legislação adotou os deficientes físicos como o grupo cujo acesso ao serviço público e privado deve ser garantido pela fixação de cotas (Lei n.º 8.112/90) e, posteriormente, a Lei n.º 9.504/97, que destacou a participação feminina fixando cotas para candidatura partidária. Quanto à reserva de vagas nas universidades para estudantes negros, o destaques é a iniciativa da Universidade do Rio de Janeiro.

O Estado Democrático de Direito, calcado na idéia de igualdade como metadireito, estabelecendo uma Constituição que consagra sobretudo a indivisibilidade dos direitos fundamentais e dos princípios aplicáveis e variáveis de acordo com a situação concreta, permite-nos deferir disciplinas diversas para situações equivalentes, consignando, alfim, a positivação dos direitos do homem.

Dessa forma, o princípio da igualdade deixa de ser limitado à igualdade perante a lei, passando a garantir a cada cidadão, oportunidades iguais para a realização dos seus próprios objetivos, dinamizando o princípio da isonomia.

Sobre a busca da igualdade, ensina-nos o professor Celso Antonio Bandeira de Mello que “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”. E ainda, sobre a outorga da materialidade ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade, “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.³ Devem, portanto, aqui, serem considerados tanto os indivíduos quanto as circunstâncias externas, assegurando, ao menos, a possibilidade da busca da dignidade.

Destarte, as ações afirmativas no Brasil devem ser vistas como elementos propiciadores da superação daqueles que não participam política e democraticamente, devendo, ao peso da lei, garantir a igualdade procedimental e a inclusão social.

vida de todos, em todos os lugares (que se tornaram virtualmente próximos). E quanto mais rápida a expansão da globalização, mais intensa a exclusão social, produzindo impacto diferenciado em termos locais, regionais e nacionais, prostrando a concretização dos direitos sociais (saúde, educação, previdência, trabalho etc.), sobretudo nos países denominados periféricos, como o nosso.

Certa também é a fragilização que esse processo causa na soberania dos Estados, tornando-a deficitária diante do exaurimento do poder decisório e de regulamentação de seu aparelho burocrático, mormente dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo). O poder político nacional cada vez mais é controlado pelos mercados financeiros no que podem e no que não podem, no que devem e no que não devem fazer. Entre os fatores que acarretam esse déficit encontram-se as constantes pressões exercidas pelos grupos vinculados ao sistema capitalista transnacional, que agem sempre sob o argumento de melhorar as condições de competitividade, reivindicando a eliminação de

barreiras comerciais, as privatizações, a flexibilização da legislação trabalhista e a *desconstitucionalização* de matérias atinentes aos mercados, atingindo implacavelmente os direitos sociais que constituem entraves aos seus interesses econômicos e que devem ser resguardados pelo Estado.

Esses direitos, na maioria das vezes dispostos mediante princípios, têm-se revelado extremamente difíceis para se tornarem direitos subjetivos, exigindo também uma postura criativa e audaz do aplicador do direito, que deve buscar novas técnicas e institutos processuais para fazê-los efetivos, outorgando-lhes concretude.

Essa busca é feita por novos atores, que se arregimentam nesse cenário caótico e indefinido que é a globalização. No caso brasileiro, o Ministério Público (que tomou novas feições após a Constituição de 1988, tornando-se independente dos poderes públicos, servindo de canal entre o Estado e a sociedade) vem se destacando na realização de constantes empreitadas, buscando a efetividade e o respeito dos direitos postos em nossa *Lex Fundamentalis* (sobretudo aqueles volvidos para a seara socioeconômica), evitando que certas decisões dos órgãos de direção política passem a ser determinadas por exigências de instituições ou corporações transnacionais ou mesmo mundiais, em prol de um pseudodesenvolvimento ou de uma modernização

segundo as exigências do funcionalismo mundial dos mercados e das alianças estratégicas corporativas.

O *front* dessa empreitada está geralmente nas inúmeras ações civis públicas impetradas pelos quatro cantos do Brasil para, por exemplo, questionar as privatizações; obrigar os entes federativos a aplicar recursos nas áreas de saúde e educação; obstar a cobrança de tributos inconstitucionais; compelir os municípios na criação dos conselhos municipais (saúde, criança e adolescente, etc.); que instituições bancárias se sujeitem aos direitos do consumidor e muitas outras. Essas ações contribuem para que essa globalização também seja nossa, seja de baixo para cima, atenda aos direitos humanos em todas as suas dimensões e impeça que os nossos cidadãos sejam transformados em objetos, o Estado em mercado e a Constituição em mero texto enunciativo.

Para que o Ministério Público prossiga nessa batalha, sempre guiado pelo magistério da Constituição, mister seu fortalecimento, assim como o apoio da sociedade e da opinião pública na resistência às constantes tentativas de fragilização propostas por grupos de interesses com representação política, que, desertando dos seus deveres constitucionais, concorrem para que a globalização seja a nossa ditadura branca do século XXI, mantendo o nosso Estado debilitado, padecendo na estagnação e na dependência.

3.1.5 Ministério Público e redução de danos: conhecendo do instrumento

Robertson Fonseca de Azevedo

Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da comarca de Maringá (PR) – Ministério Público do Estado do Paraná

Carla Torres

Coordenadora do PRD do grupo Voz pela Vida, acadêmica em Ciências Sociais - UEM

INTRODUÇÃO

Registros de estudos históricos e antropológicos afirmam que não há sociedade humana que não tenha utilizado substâncias psicoativas. A cultura e a temporalidade de cada sociedade determinam as formas e razões relacionados ao consumo de tais substâncias. É fato que a coca utilizada pelos povos nativos dos Andes não se refere à mesma substância na forma da cocaína utilizada por nossas sociedades ocidentais contemporâneas, ou que a maconha utilizada como remédio pelos chineses no século I a.C.¹, não é a mesma que a maconha “prensada” produzida no Paraguai (com a utilização de agrotóxicos de uso proibido e exploração de trabalho escravo) e utilizada por número significativo de brasileiros.

A única coisa em comum que existe, por exemplo, entre a maconha e a heroína, é estarem proibidas sob as mesmas penas pela mesma lei. Assim também, os problemas norte-americanos no que concerne às drogas indiscutivelmente graves não são exatamente os problemas latino-americanos, e às vezes são precisamente o seu oposto. Receber acriticamente um discurso que transita entre a histeria e a cegueira, a começar pela dualidade *páis-vítima* importador (Estados Unidos) e *páises-agressores* exportadores ou facilitadores (Colômbia, Bolívia e, ouro sobre azul, Panamá, Cuba ou Nicarágua), e construir sobre tal discurso uma política criminal, é enredar-se num indecifrável e contraditório novo.²

Os padrões de consumo de substâncias psicoativas em qualquer sociedade estiveram e estão culturalmente ligados aos

padrões de vida desta sociedade. Cultos religiosos; meios instrumentais para obtenção de conhecimento ou para o êxito em batalhas; remédios para diversos males; ou simplesmente substâncias que dão prazer, produziram e produzem os sentidos para consumo das substâncias psicoativas, caracterizando suas funções sociais.

A partir de meados do século XIX as especulações comerciais em torno das drogas, cujo ápice se deu com as *Guerras do Ópio*, entre Reino Unido e China Imperial, desencadearam o processo de proibição delas, classificadas conforme os interesses econômicos e (já) hegemônicos dos Estados Unidos. “As substâncias usadas só por negros, chineses, mexicanos e pobres acabaram proibidas. As que os ricos usavam foram liberadas.”³

Décadas após a consolidação da política proibicionista, os resultados colhidos são desastrosos, na medida em que o tráfico foi *institucionalizado* enquanto única alternativa de aquisição das substâncias proibidas, tendo a criminalização da produção, comércio e porte, ainda que para uso próprio, acabado por desencadear mais danos que benefícios à coletividade.

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade, pelo contrário, esta se mantém ou aumenta, pois provoca a reincidência: depois de sair da prisão, tem-se mais chances de voltar para ela. A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes: fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem, deixando-os isolados nas celas ou impondo-lhes um trabalho inútil. É, de qualquer maneira, não pensar o homem em sociedade.⁴

O aumento do número de novos usuários de drogas, a política e prática de prevenção, também conduzidas pelo raciocínio norte-americano, não têm conseguido atingir seu objetivo com faixas etárias cada vez mais precoces e com maior envolvimento em práticas criminosas, acaba por produzir a “corporificação” da violência na geração mais jovem”.⁵

A perplexidade e o sentimento de impotência que acometem aqueles com responsabilidades relacionadas aos problemas decorrentes do abuso de substâncias psicoativas estão a exigir uma mudança de paradigma em relação às abordagens atualmente em voga, definitivamente inadequadas, porque ineficientes.

MODELOS TEÓRICOS E PRÁTICAS SOBRE DROGAS

A política antidrogas brasileira é *norteeda* (sic) por dois modelos teóricos principais, a saber: a **Redução da Oferta** caracterizada pela repressão ao tráfico de drogas, mediante sistemática privação de liberdade aos traficantes⁶ (até recentemente também aplicada aos usuários, sujeitos, de qualquer maneira, à repressão policial), positivada no modelo *jurídico-moral*, em que o usuário é penalizado⁷ e a **Redução da Demanda** a qual procura: a) prevenir o acesso inicial de jovens às drogas através de programas como o PROERD ou mensagens em meios de comunicação de massa; b) oferecer tratamento aos “dependentes”. Tal abordagem se apóia nos modelos: *médico-sanitário* no qual os usuários são tidos como doentes; *psicossocial* “que privilegia a relação com o meio, buscando identificar as motivações individuais para o abuso de drogas; e o modelo *sociocultural*, que prima pela modificação do meio, considerado causador da dependência”⁸. Essa prática incorpora o senso comum de que a internação é a melhor medida para o tratamento da dependência química⁹ e a única meta aceitável para que o indivíduo possa ser reinserido na sociedade é a abstenção total do consumo de drogas.

A ineficácia de tais abordagens é percebida nas atividades diárias de promotores de justiça, em distintas áreas de atuação, que se vêem às voltas com inúmeros procedimentos nos quais são objeto pessoas com uso disfuncional de drogas.

Em que pese ao fardo da realidade, enquanto atuação prática, consta do cenário brasileiro, inclusive no direito positivo, a abordagem da **Redução de Danos (RD)**, definida como conjunto de estratégias voltadas para diminuir as conseqüências danosas do uso de drogas.¹⁰

Pragmaticamente introduzida como medida de saúde pública para a prevenção do HIV/Aids entre usuários de drogas injetáveis, tal visão associa o contexto sociocultural, o sujeito e a substância como fatores a serem levados em consideração quando há percepção da necessidade de intervenção eficaz na realidade das pessoas que padecem pelo consumo disfuncional de drogas. Segundo Marcelo Araújo Campos, a dimensão da RD possui caráter de verdadeiro movimento social, pois traz o enfoque para o sujeito e não para as drogas. A proposta é de promoção de maior bem-estar social, com ou sem drogas.

DA PREVISÃO NORMATIVA

Atualmente a Redução de Danos encontra-se expressamente referida na legislação brasileira, elencada na reforma da parte geral da Lei Antitóxicos como instrumento da política pública de saúde:

Art. 11. O dependente ou o usuário de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causem dependência física ou psíquica, relacionados pelo Ministério da Saúde, fica sujeito às medidas previstas neste Capítulo e Seção.

§ 2º Cabe ao Ministério da Saúde regulamentar as ações que visem à redução dos danos sociais e à saúde.

O Ministério da Saúde, através da Portaria nº 2.197/04, que redefine e amplia a atenção integral aos usuários de álcool e de outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), incorpora o conceito de forma ainda mais taxativa:

Art. 3º O componente da atenção básica, de que trata o inciso I do artigo 2º desta Portaria refere-se à atenção integral aos usuários de álcool e outras drogas em unidades de atenção básica, ambulatórios não-especializados, Programa Saúde da Família e Programa de Agentes Comunitários de Saúde, entre outros dispositivos de cuidados possíveis, no âmbito da atenção básica, e deve ter como principais características:

...

III - adoção da lógica de redução de danos, que é estratégica para o êxito das ações desenvolvidas por essas unidades.

Ou ainda:

Art. 4º O componente da atenção nos CAPSad, ambulatórios e outras unidades especializadas, objeto do inciso II, do artigo 2º desta Portaria, obedece a uma lógica de oferta de cuidados baseados na atenção integral, devendo ter como principais características:

...

V - adoção da lógica de redução de danos, como estratégica para o êxito das ações desenvolvidas por estas unidades.

O comando normativo, revelado pelo uso da expressão “devendo ter”, implica a necessidade de o Ministério Público familiarizar-se com tal abordagem, inclusive para aferimento da eficácia das políticas de saúde mental.

Mais especificamente, com caráter de regulamentação, foi editada a Portaria nº 1.028, de 04 de julho de 2005, em vigor desde a publicação da Portaria 1611/05, de 09 de setembro.

É o objetivo do regulamento:

Art. 2º Definir que a redução de danos sociais e à saúde, decorrentes do uso de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência, desenvolva-se por meio de ações de saúde dirigidas a usuários ou a dependentes que não podem, não conseguem ou não querem interromper o referido uso, tendo como objetivo reduzir os riscos associados sem, necessariamente, intervir na oferta ou no consumo.

Da redação do artigo 9º da Portaria nº 1028/05 fica evidente a alteração de paradigma no que diz respeito à consideração a ser dada ao *dependente* ou usuário, já não mais tido como mero objeto de direito criminal:

Art. 9º Estabelecer que as ações de redução de danos devem ser desenvolvidas em consonância com a promoção dos direitos humanos, tendo especialmente em conta o respeito à diversidade dos usuários ou dependentes de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência.

§ 1º Em todas as ações de redução de danos, devem ser preservadas a identidade e a liberdade da decisão do usuário ou dependente ou pessoas tomadas como tais, sobre qualquer procedimento relacionado à prevenção, ao diagnóstico e ao tratamento.

A proximidade da atuação do Ministério Público com os, agora, sujeitos da intervenção estatal informada pelo viés da Redução de Danos não poderia ser maior, já que é finalidade da portaria federal:

Art. 8º Definir que as ações de redução de danos devem ser desenvolvidas em todos os espaços de interesse público em que ocorra ou possa ocorrer o consumo de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência, ou para onde se reportem os seus usuários.

Parágrafo único. As disposições desta Portaria aplicam-se no âmbito do sistema penitenciário, das cadeias públicas, dos estabelecimentos educacionais destinados à internação de adolescentes, dos hospitais psiquiátricos, dos abrigos, dos estabelecimentos destinados ao tratamento de usuários ou dependentes ou de quaisquer outras instituições que mantenham pessoas submetidas à privação ou à restrição da liberdade.

Ao Ministério Público cabe, minimamente, a apreensão dos conceitos informadores da política de Redução de Danos, inclusive para possibilitar abordagem crítica acerca da questão, ampliando o debate suscitado pela reedição da portaria 1.028.

DA EXPERIÊNCIA COM REDUÇÃO DE DANOS

Conforme Marlatt, citado por Elisângela Melo Reghelin, “baseada em princípios de saúde pública, a redução de danos oferece um conjunto de estratégias pragmáticas, ainda que providas de compaixão, que são desenhadas para reduzir as consequências danosas do comportamento aditivo, tanto para os consumidores quanto para as comunidades nas quais eles vivem”.¹¹

Na atuação ministerial junto a crianças e adolescentes em situação de risco, a adoção de estratégias e práticas de redução de danos se mostrou necessária depois da constatação que a aplicação de medidas de proteção a usuários, especialmente de *crack*, quando almejada a total abstinência, é normalmente infrutífera.

A abordagem da Redução de Danos, sem impor abstinência ou discurso moralizador/repressivo, procura inserir-se no universo do usuário, chamando-lhe a atenção para os riscos envolvidos em suas práticas e apontando alternativas mais saudáveis de comportamento.

Tal *responsabilização* do usuário sobre sua conduta, somada ao esforço pessoal e familiar na adoção e continuidade de tratamento ambulatorial ou psicoterápico, quando necessário, mostra-se como alternativa mais promissora para a efetivação de melhoras na vida do público atendido. A partir de progresso mínimo das condições pessoais do sujeito é possível planejar intervenções mais incisivas e positivas, ainda que menos impositivas.

Trata-se, na verdade, de trazer para o universo dos usuários de drogas ilegais práticas largamente utilizadas no cotidiano das pessoas e até mesmo em políticas públicas amplamente divulgadas. A lógica é: algumas práticas não são evitáveis e o melhor que há a fazer é diminuir seus efeitos adversos.

Por exemplo: acidentes com automóveis são inevitáveis, apesar de indesejáveis, portanto estimula-se o uso de cinto de segurança; o padrão de beleza atual valoriza o bronzeado, sendo a exposição ao sol fator de desenvolvimento do câncer de pele, motivo pelo qual propaga-se o uso de protetor solar; gerações de mães zelosas aconselham filhos que excederam no consumo de álcool (às vezes em festas familiares de final de ano...) a ingerir o maior volume possível de água; diversas atividades esportivas, potencialmente causadoras de lesões, exigem equipamento de

proteção (boxe, ciclismo, futebol, etc) e assim por diante.

Mesmo no âmbito planetário, os tratados que visam à redução da emissão de CO₂ e CFCs, para diminuição dos efeitos estufa e destruição da camada de ozônio, têm na sua origem a lógica da redução de danos, que, aplicada aos usuários de drogas, tem o mérito de tratar, de forma não preconceituosa, de assunto tabu, normalmente vinculado a um modelo moralista e nada eficiente de repressão aos usuários.

A política de Redução de Danos acaba por produzir a problematização dos direitos humanos e de cidadania, contrapondo-se aos modelos jurídico-moral e médico-sanitário, possibilitando a ampliação da percepção do sujeito e de suas demandas produzidas.

Simplificadamente, poderíamos dizer que a droga só passa a ocupar um lugar de fato central na vida de um indivíduo ou grupo social à medida que haja um estreitamento das demais alternativas e oportunidades, seja em função de perspectivas de engajamento pessoal e social em atividades de lazer, profissionais ou afetivas. Apenas neste caso a droga deixa de ser um elemento a mais na vida de uma determinada pessoa ou grupo social para ser ‘o’ elemento em torno do qual se organiza a vida e a sociabilidade”.¹²

No processo de superação das patologias associadas ao uso abusivo ou disfuncional de substâncias psicoativas, necessário se faz, por questões práticas bem conhecidas dos promotores de justiça, visar à “minoração dos problemas” ou “melhoria das condições” do indivíduo, metas mais factíveis da noção de bem-estar no leque que vai da dependência mais grave à plena abstinência. Comparado ao ideal da abstinência, a expectativa da Redução de Danos é efetivamente mais modesta, por isso também mais eficiente.

Finalmente, há que se apontar que a política de Redução de Danos caracteriza-se por ser: **não-moralista**, na medida em que não pretende impor um padrão ético distinto daquele em que está inserido o usuário; **tolerante**, porque admite práticas e situações que muitas vezes fogem ao senso comum; **humanista**, por tratar como sujeitos pessoas que muitas vezes tiveram tal condição negada pela sociedade dominante; **realista**, por não esperar mudanças radicais em situações deterioradas, satisfazendo-se com a melhoria gradual e/ou parcial das condições daqueles submetidos às suas práticas; **pragmática**, utilizando-se dos meios e mecanismos possíveis em um quadro de preconceito e dificuldade de recursos econômicos e financeiros; **corajosa**, não se furtando à discussão com outros segmentos que tratam da questão do uso de drogas, muitas vezes enfrentando críticas insensatas e infundadas.

SÍNTESE DOGMÁTICA

Prevista no rol de instrumentos destinados ao atendimento de público carecedor de intervenção estatal, a Redução de Danos, enquanto meio de diminuição do distanciamento entre o Estado e os usuários de drogas, eleva-se à categoria de assunto de interesse público e social, devendo ser ampliada a participação do Ministério Público em tal debate, possibilitando assim que seus integrantes contribuam na reflexão sobre práticas que devem ser, se não estimuladas, minimamente discutidas.

Notas:

¹ VERGARA, Rodrigo. Uma tradição ou uma maldição? in: *DROGAS: o que fazer a respeito*. SUPERINTERESSANTE 172 (ISSN 0104-1789) ano 16, n. 1. Editora Abril: São Paulo, 2002.

² BATISTA, Nilo. O problema das drogas. in: *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro, Revan: 1990, p. 59

³ VERGARA, Rodrigo. Drogas. Coleção para saber mais, Editora Abril: 2003, p. 19.

⁴ FOUCAULT, Michael. Vigiar e Punir o nascimento da prisão; *apud* REGHELIN, E.M. Redução de Danos: prevenção ou estímulo ao uso de indevido de drogas injetáveis; RT: São Paulo, 2002, p. 34

⁵ CASTRO, Mary Garcia. Violências, juventudes e educação: notas sobre o estudo do conhecimento; *apud* FRANCH, Mônica Franch. Um brinde à vida: reflexões sobre violência, juventude e redução de danos no Brasil: *In Álcool e Redução de Danos uma abordagem inovadora para países em transição*; Editora MS, Brasília/DF: 2004, p. 49.

⁶ Neste caso, os traficantes comumente apreendidos são os de diversas áreas, os ditos “traficantes” usuários, nominados como *aviões* ou *vapores*, os quais se submetem a vender no “varejo” determinada quantidade de substâncias em troca da quantidade para consumo próprio. Os “gerentes do tráfico”, como Fernandinho Beira-mar, quando apreendidos acabam por produzir maior efeito midiático, devido mais à especulação da imprensa que a diminuição do tráfico de drogas, propriamente dito.

⁷ MARTINS, Samir Morais. Norma, desvio e uso de drogas: o contexto da busca da cidadania pela redução de danos; in *Drogas, dignidade e inclusão social a lei e a prática de redução de danos*. org. SAMPAIO, C.M.A.;CAMPOS, M.A.; ABORDA: Rio de Janeiro, 2003.

⁸ Idem.

⁹ REGHELIN, Elisangela Melo. Op. Cit.

¹⁰ CAMPOS, Marcelo Araújo. Drogas e uso de drogas: ressignificando conceitos no paradigma da Redução de Danos. in Associação Londrinense Interdisciplinar de Aids ALIA. Londrina, 2005 (no prelo).

¹¹ REGHELIN, Elisangela Melo. Op. Cit.

¹² BASTOS, Francisco Inácio. Redução de danos e saúde coletiva: reflexões a propósito das experiências internacional e brasileira. In *Drogas, dignidade e inclusão social a lei e a prática de redução de danos*. org. SAMPAIO, Cristiane Moema Alves.;CAMPOS, Marcelo Araújo.; ABORDA: Rio de Janeiro, 2003.

3.1.6 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.6.1 MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

O promotor de Justiça de Uberlândia Fernando Rodrigues Martins, por atuar na área cível, com especial relevo na defesa do consumidor e do patrimônio público, revela excelente desenvoltura na matéria. Em pouco mais de cento e cinquenta páginas, oferece uma boa noção dos atos de improbidade pública praticados contra o erário, prática tão em voga na pauta do dia dos acontecimentos políticos do País. Para chegar ao tema central, qual seja, o controle do patrimônio

público, o autor conceitua a Administração Pública, solidifica o entendimento sobre interesse público e interesse difuso, comenta sobre a Emenda Constitucional 19/98 e a Lei 8.429/92. Ao final, assevera a participação popular bem como a atuação do Ministério Público no controle da Administração Pública, entrelaçando os direitos fundamentais do homem aos direitos constitucionais positivados. “Ser feliz, mais do que nunca, é ser constitucionalmente respeitado” (p.166), preceitua o escritor.

3.1.6.2 MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O professor de direito da UFSC João dos Passos Martins Neto é procurador do Estado de Santa Catarina, mestre e doutor em Direito. Sua obra não só conceitua os direitos fundamentais, mas também busca fixar coordenadas no sentido de dirimir controvérsias advindas do aspecto ontológico das relações jurídicas. Além do mais, promove a distinção entre direito

objetivo e subjetivo e relaciona a noção com a categoria dos direitos transindividuais. O propósito maior é dar especial destaque aos direitos fundamentais no plano do Estado Democrático, contextualizando seus apontamentos em uma abordagem histórico-filosófica do Estado moderno.

3.1.6.3 GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico**. 2. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Uma frase constante na contracapa da obra justifica a sua grandeza: “A obra de Emerson Garcia, sem par no mercado, **esgota toda a análise possível sobre as atribuições do Ministério Público, sua organização e seu regime jurídico**, erigindo-se em fonte de consulta obrigatória para membros da Instituição e concuesandos” (grifamos).

Esse belo livro, em sua 2ª edição, foi ampliada e atualizada com as recentes ditas reformas do Judiciário e da Previdência. Em uma linguagem e acessibilidade impecáveis, a obra merece destaque pois trata do assunto de forma a

praticamente exaurir todas as questões e temas contemporâneos relativos ao Ministério Público, tudo isso através de uma sistematização elogiável. Segundo pondera o Dr. Márcio Fernandes Elias Rosa na sua apresentação ao livro: “[...] sua importância, no entanto, não está apenas no trabalho de pesquisa, realizado com profundidade inigualável, mas nas opiniões e construções doutrinárias que o autor almeja consolidar”.

A obra constitui um instrumento de pesquisa indispensável para aqueles que desejam conhecer melhor a estrutura do Ministério Público.

3.1.6.4 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: 2002, Martins Fontes.

O Professor Ronald Dworkin, catedrático em filosofia de Direito da universidade de Nova Iorque, inicia na presente obra a sua teoria do *direito como integridade*, que em outras palavras, poder-se-ia afirmar ser o início do método de interpretação constitucional denominada *pós-positivismo*.

Segundo o Professor estadunidense, à luz do pós-

positivismo, o juiz, no momento de proferir decisão em um caso difícil, mesmo que não haja uma convenção anterior a reconhecer o direito de uma das partes, não possui discricionariedade nesse ato de decisão, pois é limitado por princípios – encerrando valores morais – que possuem normatividade tal qual a regra jurídica.

B) Artigos

3.1.6.5 AMORIM, Letícia Balsamão. O princípio do Estado de Direito à luz do pós-positivismo. In Revista de Direito constitucional e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 52 (jul-set), 2005, p.91-112

A autora, na obra em análise, discorre sobre a evolução da teoria do Estado e do direito, partindo do positivismo (Estado liberal, de caráter absentista) até o pós-positivismo jurídico (mais adequado ao Estado social), nas linhas traçadas pelos seus maiores teóricos, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Avulta de importância o referido ensaio na medida em que a professora

assevera que o Estado não necessita de ser social, porém o seu direito deve ter essa qualidade e objetivo.

Pela leitura do ensaio apreende-se, facilmente, sob a perspectiva histórica, o que foi o Estado de Direito liberal e o que significa atualmente o Estado social.

3.1.6.6 GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado). In Revista de Direito constitucional e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 50 (jan - mar), 2005, p. 39-74

O ensaísta, no presente trabalho, volta às origens das agências reguladoras nos Estados Unidos da América do Norte para afirmar que a transposição desses entes para o nosso direito enseja um erro histórico de objetivo. Ademais, extrai-se do estudo a comparação, feita pelo autor, dos ordenamentos

jurídicos estadunidense e francês no afã de buscar sustentação para as nossas agências reguladoras, bem como a constitucionalidade dos poderes que exercem quando da regulação e regulamentação do mercado.

3.1.6.7 MACEDO, Marcus Paulo Queiroz. Inquérito Civil: aspectos práticos e sua regulação normativa federal e no âmbito de Minas Gerais: In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 128, ano 30, (out) 2005, p. 109-128

O artigo em questão foi o vencedor do Concurso “Melhores artigos jurídicos área não-penal/2004”, promovido pela Associação Mineira do Ministério Público, tendo sido escrito pelo atuante Promotor de Justiça da Comarca de Araxá (MG), Marcus Paulo Queiroz Macedo.

Ele é indicado especialmente a todos os membros do Ministério Público pois enfoca, com clareza e didática, vários temas ligados ao inquérito civil: normas aplicáveis à espécie,

natureza jurídica, nomenclatura, objeto, características fundamentais, compromisso de ajustamento de conduta, conflito de atribuição etc.

Além disso, o autor procurou discorrer sobre os aspectos práticos do inquérito civil: desde a sua instauração, condução até o seu arquivamento e casos em que se faz necessária a sua reabertura.

É, sem dúvida, artigo que interessa a toda a classe.

3.1.7 Jurisprudências da área

3.1.7.1 STJ, 1ª Turma. Controle de constitucionalidade via Ação Civil Pública e defesa do patrimônio público pelo Ministério Público.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. 1. Recurso especial contra acórdão que extinguiu o processo, sem exame do mérito, em face de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra o Distrito Federal e vários comerciantes do Setor Comercial Local Norte (SCLN) 716, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 754/94, a qual permitiu a desafetação e alteração de designação originária de áreas públicas de uso comum do povo. Alegou-se que: a) os comerciantes invadiram área pública adjacente ou limdeira aos imóveis de que são proprietários ou locatários, ferindo o Código de Posturas do Distrito Federal e as normas que instituíram e regulamentaram o tombamento do conjunto urbanístico do Plano Piloto de Brasília; b) o Distrito Federal se omitiu ao permitir edificações em áreas públicas e em não desconstituí-las, implicando lesão ao patrimônio público e social, à ordem jurídica e ao meio ambiente; c) o Distrito Federal fosse condenado a abster-se em conceder ocupação, emitir alvarás de construção ou funcionamento, aprovar projetos arquitetônicos ou de engenharia, em favor de pessoas naturais ou jurídicas situadas nas áreas de uso comum do povo e suspender a eficácia da Lei Distrital nº 754/94, deixando de promover obras ou qualquer medida que implique a ampliação dos atuais limites das ocupações, sob pena de multa diária. 2. A pretensão não está dirigida a se declarar a inconstitucionalidade de uma norma geral e abstrata. Pretende-se tirar do mundo jurídico uma norma, por afrontar a Constituição Federal, que incide sobre uma situação concreta. A Ação Civil Pública em exame trata de fato materializado, individualizado, a qual se aplica uma norma considerada inconstitucional. Ela busca alcançar, pela via do controle concentrado, a invalidade da norma e, conseqüentemente, a sua não-aplicação ao proibir os serviços de todos os usuários nas condições descritas. 3. O controle difuso da constitucionalidade é permitido a todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer grau, uma vez que a questão da inconstitucionalidade é resolvida apenas incidentalmente, como

matéria prejudicial. Não gera usurpação da competência do colendo STF o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, conforme já pronunciado também aquela Corte. 4. Este Relator, por diversas vezes, com base em inúmeros precedentes desta Casa, defendeu que a ação civil pública não poderia servir de meio para a declaração, com efeito *erga omnes*, de inconstitucionalidade de lei, sendo o Ministério Público parte ativa ilegítima para tanto. Entretanto, em face do novo posicionamento desta Corte, pelo seu caráter uniformizador, revejo minha posição, a fim de reconhecer a legitimidade do *Parquet* para tal desiderato, com suporte, dentre tantos, nos seguintes julgados: - “A teor da assentada jurisprudência do colendo STF e deste Tribunal, declara-se a legitimidade ativa do Ministério Público para propor, na defesa do patrimônio público, a ação civil pública, admitindo-se, no âmbito dessa ação coletiva, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local (Precedentes).” (REsp nº 424288/RO, Rel. Min. Felix Fisher, DJ 18/03/2004) - “O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade)”. (REsp nº 493270/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24/11/2003) 5. Na mesma linha: EREsp nº 303994/MG, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; EREsp nº 327206/DF, 1ª Seção, DJ de 15/03/2004; EREsp nº 303174/DF, 1ª Seção, DJ de 01/09/2003; REsp nº 439509/SP, 4ª Turma, DJ de 30/08/2004; REsp nº 364380/RO, 5ª Turma, DJ de 30/08/2004; AGA nº 290832/SP, 2ª Turma, DJ de 23/08/2004; AGREsp nº 566862/SP, 3ª Turma, DJ de 23/08/2004; REsp nº 373685/DF, 1ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp nº 556618/DF, 4ª Turma, DJ de 16/08/2004; REsp nº 574410/MG, 1ª Turma, DJ de 05/08/2004; REsp nº 557646/DF, 2ª Turma, DJ de 30/06/2004. 6. Recurso especial provido, nos termos do voto (STJ, 1ª Turma, REsp 728406/DF, Rel. Min. José Delgado, j. 05/04/2005, DJ 02/05/2005, p. 249).

3.1.7.2 STF, Decisão Monocrática. Legitimidade de entidade de classe de âmbito nacional para a propositura de ADI perante o STF. Requisitos configuradores

DECISÃO: 1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, movida pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), e em que se impugnam os arts. 1º, 2º, 3º e 5º da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, a qual disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário (fls. 02/21). 2. Inviável a demanda. A associação autora, segundo consta de seu estatuto (arts. 1º e 2º), apresenta-se, formalmente, como entidade de classe de âmbito nacional, representativa do corpo de magistrados estaduais. Tal disposição, no entanto, não é suficiente para que se possa dar, sem mais, por sua legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sob a

figura prevista no art. 103, inc. IX, da Constituição da República. Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para que a entidade de classe tenha âmbito nacional, não basta que o declare em seus estatutos. É preciso que esse âmbito se configure, de modo inequívoco (ADI nº 386, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28.06.1991. Cf., ainda, ADI nº 79-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05.06.1992 e ADI nº 108-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05.06.1992). A exigência de que a representatividade nacional da associação se manifeste de maneira material e efetiva, não apenas formalmente, é imperativo da admissibilidade da legitimação extraordinária. Por trás de todas as hipóteses em que a lei autoriza certa pessoa a postular em juízo, em nome próprio, a tutela de direitos ou interesses de que

outros sejam teóricos titulares - daí, o caráter extraordinário da legitimidade -, está o reconhecimento normativo de que algum especial interesse liga o legitimado extraordinário, ou substituto processual, à situação jurídica que, pertinente a terceiro, ou o substituído, constitui o objeto do processo. É, exata e unicamente, a existência de estreita ligação entre a matéria debatida e o substituto que lhe confere a este a legitimidade, não apenas em sentido processual, mas também em sentido político-social, para o exercício da ação. Só nos casos em que a pessoa do substituto ostente adequada representatividade daquele ou daqueles que substitui, justifica-se-lhe permitir atue em juízo na defesa dos interesses destes. Bem por isso, a jurisprudência da Corte entende que se não configura a legitimidade extraordinária da entidade de classe de âmbito nacional, para instauração do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, inc. IX, da CF), quando a associação autora represente apenas fração ou parcela da categoria profissional por conta de cujo interesse vem a juízo (ADI nº 591, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 22.11.1991; ADI nº 353-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.04.1993; ADI nº 1.297-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.11.1995; ADI nº 1.771, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 03.04.1998; ADI nº 1.574-QO, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 27.04.2001; ADI nº 846, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.12.1993; ADI nº 809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.04.1993). Se o ato normativo impugnado mediante ação direta de inconstitucionalidade repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe, não é legítimo permitir-se que associação representativa de apenas uma parte dos membros dessa mesma classe impugne a norma, pela via abstrata da ação direta. Afinal, eventual procedência desta produzirá efeitos erga omnes (art. 102, § 2º, da CF), ou seja, atingirá indistintamente todos os sujeitos compreendidos no âmbito ou universo subjetivo de validade da norma declarada inconstitucional. É o caso dos autos. AANAMAGES representa tão-só - formalmente, pelo menos - o corpo dos magistrados

estaduais, ao passo que a Resolução aqui impugnada é aplicável a todos os membros integrantes do Poder Judiciário, independentemente da Justiça ou ramo estrutural a que pertençam. Não se pode, portanto, reconhecer à associação autora o requisito da ampla representatividade do conjunto de todas as pessoas às quais a norma atacada se aplica, nem, por conseguinte, sua legitimação ativa extraordinária para a demanda. Não por outro motivo, já rejeitou este tribunal, em caso análogo, a legitimidade ativa de associação representativa dos juízes de paz para a ação direta de inconstitucionalidade. A respeito deles advertiu o Min. Relator: (...) representam expressão parcial, mera fração da categoria judiciária. Tal circunstância descaracteriza a entidade de classe que os congrega como instituição ativamente legitimada à instauração do processo de fiscalização normativa abstrata, como ocorre, por exemplo, com a AJUFE (que reúne somente os juízes federais) e com a ANAMATRA (que compreende os magistrados da Justiça do Trabalho), que não dispõem, pelas mesmas razões (ambas representam fração da categoria judiciária), de qualidade para agir em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI nº 2.082-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10.04.2000). 3. Ante o exposto, indefiro a inicial, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.1990, 267, inc. VI, e 295, inc. II, do CPC. Publique-se. Int.. Brasília, 1º de dezembro de 2005. Ministro CEZAR PELUSO - Relator. Cf. Garbagnati, Edoardo, La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile. Milano, Giuffrè, 1942, pp. 205 e 212; Allorio, Enrico. La cosa giudicata rispetto ai terzi. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 251-252; Monacciani, Luigi. Azione e legittimazione, Milano, Giuffrè, 1951, esp. p. 390; Liebman, Enrico Tullio, Manual de direito processual civil, vol. I. 3ª ed. Trad. Cândido Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 211 (STF, Decisão Monocrática, ADI 3617/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 1º/12/2005, DJ 09/12/2005,

3.1.7.3 STJ, 6ª Turma. *O estágio realizado por estudante durante o bacharelado do curso de Direito é reconhecido como atividade jurídica*

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA DO ESTADO DA BAHIA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE JURÍDICA POR TRÊS ANOS. COMPROVAÇÃO. 1. É legítima, legal e constitucional a exigência de tempo de exercício de atividade jurídica pelo período mínimo de três anos para o ingresso na magistratura, mas o seu conceito deve ser interpretado de forma ampla, de modo a

compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, Magistratura ou outro qualquer privativo de bacharel de direito, como também as atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica. Precedentes. 2. Recurso provido (STJ, 6ª Turma, RMS 18513/Ba, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 23/08/2005, DJ 10/10/2005, p. 435).

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Da aplicação (apenas) “residual” do CPC nas ações coletivas

Rodrigo Mazzei

Professor no Instituto Capixaba de Estudos (ICE) e na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vice-Presidente do Instituto dos Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

E-mail: rodrigo@rmazzei.com.br



Rodrigo Mazzei

Com a apresentação à comunidade jurídica de Anteprojeto para o Código Brasileiro de Processos Coletivos, foi instaurada relevante discussão sobre a necessidade ou não da codificação das normas processuais ligadas à tutela coletiva. Não obstante a importância do debate em tela, projetando seus resultados para futuro próximo, existe questão no

presente que demanda ser sedimentada, qual seja a aplicação (apenas) residual do Código de Processo Civil (CPC) nas ações coletivas.

Ainda que hoje não tenhamos um código específico dos processos coletivos, sem dúvida, formou-se verdadeiro *microsistema da tutela coletiva*, representado pelo conjunto de diplomas que tratam do assunto. Pelo maior espectro de aplicação e também pelo disposto nos artigos 90 e 117 da nossa legislação consumerista, a doutrina de escol normalmente faz tal aferição pela interação entre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei n. 7.347/85 Lei de Ação Civil Pública (LACP). Afirmamos, no entanto, que visão mais ampla há de ser empregada, pois, apesar de o CDC e a LACP terem, de fato, um *status* de relevância maior (*decorrente da natural constatação de possuírem âmbito de incidência de grande escala*), os demais diplomas que formam o *microsistema da tutela de massa* têm também sua importância para o direito processual coletivo, implantando a inteligência de suas regras naquilo que for útil e pertinente, pois estão *interligados*, o que propicia a comunicação constante entre todas as normas do *microsistema*. No sentido de nossa construção, colhe-se precedente do Superior Tribunal de Justiça: “A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, *compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se (...)*” (STJ RESP n. 510.150/MA, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU, de 29.3.2004, p. 173, destaque nosso).

O registro lançado (*existência de microsistema coletivo, composto de normas múltiplas com comunicação*) é muito relevante, uma vez que permite demonstrar que o CPC não pode ser utilizado como primeira opção *subsidiária*, a partir de dispositivos como os artigos 19 da LACP e 22 da Lei da Ação Popular (LAP), que determinam a aplicação da codificação processual civil no que não for contrário às suas disposições. Na verdade, o CPC somente pode ser invocado de *forma residual*. Ainda que sutil a diferença (aplicação *residual* e não *subsidiária*), a questão deve ser realçada, evitando que se conspire mesmo que involuntariamente para embaraços nos processos judiciais que envolvem a tutela coletiva. Explica-se.

Com efeito, o CPC como norma de índole individual somente será aplicado nos diplomas de caráter coletivo de forma *residual*, ou seja, havendo omissão específica de determinada norma, não se adentrará de imediato em pesquisa para as soluções legais previstas no CPC, uma vez que o intérprete deverá, antecedentemente, aferir se há paradigma legal dentro do conjunto de normas processuais do *microsistema coletivo*. Assim, somente se utilizará o CPC em ações coletivas quando a norma específica para o caso concreto for omissa e, em seguida, se verificar que não existe regra compatível no ventre das demais leis que compõem o *microsistema da tutela coletiva*.

Em apertada conclusão, a concepção do *microsistema da tutela coletiva* deve ser ampla, a fim de que seja composto não apenas do CDC e da LACP, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo. Logo uma norma que compõe o dito *microsistema* será apta a nutrir a eventual carência regulativa das demais, pois, unidas, formam sistema especialíssimo. Isso significa dizer que o CPC terá aplicação *somente* se não houver solução legal nas regulações que estão disponíveis dentro do *microsistema coletivo* que, frise-se, é formado por conjunto de diplomas especiais com o mesmo escopo (*tutela de massa*). Dessa forma, a leitura de dispositivos com redação próxima às constantes nos artigos 19 da LACP e 22 da LAP há de ser feita de forma cuidadosa, porquanto o CPC será *residual* e não *imediatamente subsidiário*, pois, verificada a omissão em determinada legislação de natureza coletiva, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, ressalte-se, de índole individual, deverá buscar os ditames constantes dentro do *microsistema coletivo*.

3.2.2 Patrimônio cultural é meio ambiente

Marcos Paulo de Souza Miranda

Promotor de Justiça em Minas Gerais. Coordenador das Promotorias Ambientais das Sub-bacias dos Rios das Velhas e Paraopeba. Coordenador Auxiliar das Promotorias de Defesa do Patrimônio Cultural, Histórico e Turístico de Minas Gerais. Professor Convidado de Direito Ambiental - Faculdade de Direito da Escola de Estudos Superiores de Viçosa.

Percebe-se, nos últimos tempos, a especial atenção que vem sendo dispensada pela sociedade, pela imprensa e mesmo por alguns órgãos estatais à preservação do patrimônio cultural brasileiro. Parece-nos que depois de dezessete anos de vigência da chamada *Constituição Cidadã* o poder público e a sociedade finalmente estão se apercebendo do dever solidário de proteger nossos bens culturais e da responsabilidade de transmiti-los, na plenitude de sua integridade, às gerações vindouras.

Se por um lado é gratificante constatar essa importante e auspiciosa mudança de paradigma, por outro é impositivo que os operadores do Direito estejam preparados para enfrentar os novos e crescentes desafios que passam a se apresentar a partir dessa nova tendência, sendo indispensável conhecer e manejar com habilidade os instrumentos aptos à satisfação da grande expectativa social acerca da efetiva proteção do patrimônio cultural de nosso país.

Como ponto de partida para a proteção do patrimônio cultural brasileiro é necessário que se deixe de lado a visão puramente administrativista que norteou por longo tempo a aplicação dos institutos protetivos pertinentes (tombamento, desapropriação etc.) passando a encarar tal bem jurídico como integrante do meio ambiente globalmente considerado, tratando a temática, por consequência, sob as luzes do Direito Ambiental.

Infelizmente, está ainda arraigada na concepção de grande parte dos brasileiros a impressão de que o meio ambiente se resume tão somente ao seu aspecto naturalístico, compreendendo apenas o solo, os recursos hídricos, o ar, a fauna e a flora. Trata-se de uma concepção equivocada e estreita da real conceituação de meio ambiente.

Já em 1976 a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em sua décima nona sessão realizada em Nairóbi, através da Recomendação relativa à salvaguarda dos conjuntos históricos e sua função na vida contemporânea, reconhecia “que os conjuntos históricos ou tradicionais fazem parte do ambiente cotidiano dos seres humanos em todos os países, constituem a presença viva do passado que lhes deu forma, asseguram ao quadro da vida a variedade necessária para responder à diversidade da sociedade e, por isso, adquirem um valor e uma dimensão humana suplementares”.

Seguindo tal direcionamento, os estudiosos do Direito Ambiental em nosso país afirmam, à unanimidade, que o meio ambiente não se resume ao aspecto meramente naturalístico ou físico, mas comporta hodiernamente uma conotação abrangente, holística, compreensiva de tudo o que cerca e condiciona o homem em sua existência no seu desenvolvimento na comunidade a que pertence e na interação com o ecossistema que o envolve.

Sobreleva ressaltar que também no direito comparado iremos encontrar essa concepção unitária de meio ambiente, sendo este definido como: “As condições físicas que existem numa área, incluindo o solo, a água, o ar, os minerais, a flora, a fauna, o ruído e

os elementos de significado histórico ou estético”. (California Environmental Quality Act, 1981).

Com efeito, o meio ambiente deve ser entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, que compreenda a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Por isso, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo que mora em seus arredores.

Em outras palavras: alguns elementos do meio ambiente existem independentemente da ação do homem: os chamamos de *meio ambiente natural*; outros são frutos da sua intervenção, e os chamamos de *meio ambiente cultural*.

Como se sabe, nos dias atuais torna-se cada vez mais difícil separar o natural do cultural, até mesmo porque são pouquíssimos os lugares na Terra que têm escapado ao impacto da atividade humana. Desde os tempos pré-históricos até a época moderna, pouco resta da superfície terrena que não tenha sido afetado pelas atividades humanas, razão pela qual a identificação de áreas *absolutamente naturais* está cada vez mais rara.

Por isso, para os fins protetivos, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, arquivístico, arquitetônico, monumental, espeleológico, arqueológico, fossilífero, urbanístico etc.

É esse, a propósito, o entendimento que vem sendo acolhido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que acerca do tema já decidiu:

MEIO AMBIENTE Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). (STJ RESP 115599 RS 4ª T. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar DJU 02.09.2002 grifos nossos).

Em termos legislativos é de se lembrar que a Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) traz seção tratando especificamente dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (arts. 62 a 65), o que demonstra a consolidação em nosso País do entendimento segundo o qual meio ambiente é conceito amplo, no qual se inclui também o patrimônio cultural.

É realmente incontroverso que natureza e cultura são bens interdependentes e inseparáveis, o que deve ser objeto de consideração das autoridades públicas, operadores do direito, organizações não governamentais, imprensa, enfim, de todos os que militam na seara da defesa ambiental, em seus mais variados aspectos.

Sob o ponto de vista do Direito as conseqüências decorrentes de tal entendimento são extremamente significativas, podendo-se elencar as seguintes:

- a) Possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes cometidos contra o patrimônio cultural;
- b) Aplicação dos princípios de Direito Ambiental em defesa do patrimônio cultural (princípios da prevenção, da reparação, da responsabilização, da intervenção estatal obrigatória do *in dubio pro ambiente* etc.)
- c) Imprescritibilidade das ações que objetivam a reparação de danos causados ao patrimônio cultural.

d) A indeclinável necessidade de intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, nas ações cíveis que envolvam a defesa de tal bem jurídico - quando o *Parquet* não for o próprio autor -, ante o interesse público evidenciado pela natureza da lide (art. 127 CF/88 e art. 82, III, CPC).

Enfim, é preciso romper com as velhas concepções acerca do conceito de meio ambiente, que é algo que vai muito além do seu simples aspecto natural. Somente assim conseguiremos protegê-lo em sua inteireza, assegurando que os bens de valor cultural, que também são essenciais à sadia qualidade de vida de todos nós, possam ser usufruídos pelas presentes e pelas futuras gerações.

3.2.3 Acessibilidade em imóveis tombados

Ana Carolina Araujo Pereira

Arquiteta e Urbanista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Erlon de Paula Lima

Bacharel em Direito – Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

O patrimônio cultural brasileiro, segundo a definição dada pela Constituição Federal em seu art. 216, *caput*, compreende os bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, incluindo-se as edificações e os conjuntos urbanos. Estes últimos se apresentam como alvos do presente trabalho.

O reconhecimento do valor cultural de um bem, que o transforma em patrimônio oficial é feito através do tombamento. Esse instrumento legal apresenta-se como uma forma de intervenção do Estado na propriedade com o objetivo precípuo de salvaguardar o chamado patrimônio cultural e garantir a continuidade de sua memória. A competência para a realização do tombamento é entregue ao Poder Executivo, podendo ocorrer em escala federal, estadual ou municipal.

A proteção ao chamado patrimônio cultural tem como um de seus principais fundamentos o princípio da igualdade, vez que se busca garantir o direito de as futuras gerações apreciarem esses bens de valor histórico e cultural acentuado, em sua integralidade, com a mesma liberdade que possui a presente geração.

A preservação e proteção do patrimônio cultural é uma determinação constitucional, conforme se verifica no art. 216, §§ 1º e 4º, da Constituição da República de 1988. O Decreto-lei n.º 25/1937, documento que criou o instituto do tombamento no Brasil, em seu art. 17, determina que “as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas”.

Entretanto, a Constituição Federal garante o direito de todos à igualdade sem distinção de qualquer natureza, bem como o direito das pessoas portadoras de deficiência à acessibilidade. O §2º do art. 227 do texto constitucional prevê que a lei disporá sobre normas de construção, assim como sobre a adaptação de logradouros e dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, e em legislação específica federal, estadual e municipal.

Cria-se, portanto, um conflito aparente entre duas facetas de um mesmo princípio constitucional, qual seja, o princípio da igualdade. Qual a solução para essa questão?

A trajetória histórica revela que as pessoas portadoras de deficiência por muito tempo viveram marginalizadas, sendo vítimas da exclusão proporcionada pela própria sociedade. Daí vem uma das dificuldades de promover a acessibilidade em edifícios históricos, pois não foram projetados para receber as pessoas portadoras de deficiência.



Ana Carolina Araujo Pereira



Erlon de Paula Lima

Segundo o art. 11 da Lei Federal n.º 10.098/2000, regulamentada pelo Decreto n.º 5.296/2004, a construção, ampliação ou reforma de edifícios de uso público e de uso coletivo devem atender aos preceitos de acessibilidade. Considera-se acessibilidade “a condição para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliário e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida”. (Art. 2º da Lei n.º 10.098/2000).

As edificações de uso público são aquelas administradas por entidades da administração pública, direta e indireta, ou por empresas prestadoras de serviços públicos e destinadas ao público em geral, e as edificações de uso coletivo, aquelas destinadas às atividades de natureza comercial, hoteleira, cultural, esportiva, financeira, turística, recreativa, social, religiosa, educacional, industrial e de saúde, inclusive as edificações de prestação de serviços de atividades da mesma natureza.

Muitas edificações de uso público e de uso coletivo são tombadas pelos órgãos de patrimônio cultural, possuindo, portanto, uma série de restrições no que tange a modificações em suas estruturas. Entretanto, há necessidade de estabelecer diretrizes para adaptação dos imóveis culturais a fim de garantir oportunidade de as pessoas portadoras de deficiência conhecerem e usufruírem desses bens. Essas diretrizes já estão previstas em nossa legislação infraconstitucional, como se discorrerá brevemente.

Segundo o art. 30 do Decreto Federal nº 5.296/2004, que regulamentou a Lei Federal 10.098/ 2000, a adaptação de bens culturais imóveis deve estar de acordo com a Instrução Normativa n.º 1 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, de 25 de novembro de 2003, que dispõe sobre a acessibilidade em bens culturais imóveis.

As soluções adotadas para a eliminação, redução ou superação de barreiras na promoção da acessibilidade aos bens culturais imóveis devem compatibilizar-se com a sua preservação e, em cada caso específico, assegurar condições de acesso, de trânsito, de orientação e de comunicação, facilitando a utilização desses bens e a compreensão de seus acervos para todo o público. (Item 1.1 da Instrução Normativa n.º 1/2003)

Os projetos para adaptação de edificações de conjuntos urbanos tombados deve atender a legislação específica referente à acessibilidade, bem como aos preceitos do desenho universal. Os acessos, espaços de circulação, serviços e equipamentos acessíveis em imóveis tombados devem estar de acordo com os parâmetros estabelecidos pela norma técnica "Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos" (NBR 9050/2004), da Associação Brasileira de Normas Técnicas, de forma a garantir segurança e autonomia às pessoas portadoras de deficiência.

Os projetos de acessibilidade em bens culturais imóveis devem resultar de uma abordagem global do mesmo, prevendo intervenções que garantam às pessoas portadoras de deficiência, ou com mobilidade reduzida, a possibilidade de acesso ao interior do imóvel, sempre que possível e preferencialmente pela entrada principal, ou uma outra integrada à primeira; pelo menos uma rota acessível interligando todos os espaços e atividades abertos ao público; além de serviços e equipamentos como sanitários,

telefones públicos e bebedouros acessíveis, vagas de estacionamento reservadas e lugares específicos em auditórios para pessoas portadoras de deficiência; tudo isso devidamente sinalizado com o Símbolo Internacional de Acesso, sinalização tátil e sonora.

De acordo com o item 3.7 da Instrução Normativa n.º 1/2003, "a intervenção arquitetônica ou urbanística contará com o registro e a indicação da época de implantação, o tipo de tecnologia e de material utilizados, a fim de possibilitar a sua identificação, privilegiando-se os recursos passíveis de reversibilidade, de modo a permitir a inclusão de novos métodos, tecnologias ou acréscimos". (*Grifo nosso*)

Conforme determina o item 1.4 da Instrução Normativa n.º 1/2003, os projetos que visarem promover acessibilidade nos bens culturais imóveis devem ser submetidos à aprovação pelo órgão do patrimônio histórico e cultural responsável pelo tombamento, a fim de garantir a preservação dos elementos de maior importância histórica.

Para promoção da acessibilidade aos bens históricos e culturais devem ser consideradas as peculiaridades regionais e a diversidade de bens imóveis, evitando a descaracterização dos ambientes construídos, por meio de estudos específicos para cada caso. Desse modo, as duas facetas do princípio da igualdade estariam sendo preservadas. Assim, será possível garantir a igualdade das pessoas portadoras de deficiência e das gerações futuras de apreciarem os bens imóveis de valor histórico e cultural. Deve-se, pois, ser garantido a todos, sem exceções, o livre acesso a esses bens imóveis tão relevantes, tanto para a nossa geração, nos dias de hoje, quanto para as gerações futuras, que também poderão usufruir desse patrimônio sem barreiras arquitetônicas.

Referências Bibliográficas:

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS ABNT. *NBR 9050: Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos*. Rio de Janeiro, 2004. 97p.
- BRASIL. Senado Federal. Secretaria-Geral da Mesa. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.
- BRASIL. Lei n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.
- BRASIL. Decreto 5296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis 10048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.
- GERENTE, Melissa M., BINS ELY, Vera Helena M. *O desafio de promover acessibilidade nos centros históricos brasileiros*. In: Anais do Seminário Acessibilidade no Cotidiano, Rio de Janeiro, set. 2004.
- INSTITUTO DO PATRIMÔNIO ARTÍSTICO E NACIONAL. Instrução Normativa n.º 1, de 25 de novembro de 2003. Dispõe sobre a acessibilidade aos bens culturais imóveis acatados em nível federal, e outras categorias, conforme específica.
- QUARESMA, Regina. *Comentários à legislação constitucional aplicável às pessoas portadoras de deficiência*. In: Revista diálogo jurídico, Salvador, jun./ago. 2002.

3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.4.1 MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo Civil Coletivo**. 1. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Esta excelente obra é coordenada por dois renomados juristas e conta com a participação dos mais autorizados doutrinadores brasileiros sobre o tema na atualidade.

Segundo apontam Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco, "o processo civil coletivo, como novo ramo do direito processual, é, indubitavelmente, um dos principais instrumentos de ampliação e democratização do acesso à justiça e de economia processual, por evitar a multiplicação de inúmeras ações individuais, reduzindo expressivamente a sobrecarga do Judiciário" (p. 24).

Neste contexto, o objetivo da presente coletânea buscou aglutinar em apenas um livro textos obrigatórios e relevantes do direito processual coletivo, organizados de forma sistemática, de modo que a obra fosse bem ampla, capaz de alcançar os principais e mais palpitantes temas ligados à matéria.

De fato, ao longo de seus mais de seus trinta e nove textos e anexos, essa obra discorre sobre todos os pontos pertinentes ao processo coletivo, com qualidade superior e corpo de colaboradores inquestionável.

3.2.4.2 SAULE JUNIOR, Nelson. Proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

O Professor Doutor Nelson Saule Junior apresenta ao público sua tese de doutoramento, tendo por premissa que a moradia é componente fundamental da vida urbana, tema que precisa ser enfrentado por todos os setores da sociedade no intuito de procurar modificar a situação de desigualdade social e territorial das cidades.

Assim, segundo palavras do próprio autor:

Com o intuito de colaborar com este desafio, este livro procura demonstrar que várias trilhas legais estão

disponíveis no direito brasileiro para a proteção jurídica da moradia dos grupos sociais que vivem em condições precárias de habitabilidade nos assentamentos irregulares e informais, como loteamentos e conjuntos habitacionais populares situados nas periferias urbanas, as favelas e os cortiços (p. 22).

Logo, vale a pena conferir esta obra, pois além da pertinência do tema, merece destaque a sua perfeita sistematização e precisão.

B) Artigos

3.2.4.3 MOOR, Fernanda Stracke. Considerações sobre o regime público na prestação dos serviços delegados e a perspectiva dos direitos dos cidadãos frente aos serviços essenciais. In Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 55 (jul- set), 2005, p. 106–119

Fernanda Stracke é Mestre em Direito Público pela PUC-RS e Professora de Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes e da Faculdade Moraes Júnior.

Segundo esclarece a autora, na década de 90, ocorreram consideráveis mudanças no âmbito da prestação dos serviços públicos os quais, na análise crítica da professora, “são frutos de uma adaptação do direito pátrio à imposição do poder internacional, obrigando o país a seguir ordens do Fundo

Monetário Internacional, a fim de garantir que o país continue cumprindo seus compromissos na órbita internacional (p. 106).

Assim, o artigo aponta a necessidade de compatibilização entre essa nova sistemática de prestação de serviços e o Código de Defesa do Consumidor, por meio de uma abordagem interessante, “a fim de que o usuário tenha garantida a devida prestação do serviço marcada pela incidência de um Regime Público” (fl. 107).

3.2.4.4 GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 128, ano 30 (out) 2005, p. 40-58.

Leonardo Greco é Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade Gama Filho e do programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos.

De algum tempo para cá, o “processo das causas ambientais passou a ser objeto de abundante literatura, claramente direcionada a assegurar a mais ampla eficácia da tutela jurisdicional, desse direito fundamental” (p. 41).

Firme nesse propósito, o artigo busca examinar os vários aspectos que envolvem a instrução probatória na tutela ao meio ambiente, com a peculiar maestria do Professor Leonardo Greco, em que se conclui que, no processo ambiental, um “bom sistema probatório há de preservar a paridade de armas e a busca da verdade, contribuindo para uma convivência pacífica dos cidadãos sob a égide dos princípios democráticos do Estado de Direito” (p. 58).

3.2.5 Jurisprudências da área

3.2.5.1 STJ, 1ª Seção. *Cabimento de ação popular para a defesa do patrimônio moral do Estado. Desnecessidade de prova quanto ao prejuízo causado, bastando a ilegalidade do ato praticado.*

EMENTA: PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESSUPOSTOS. ILEGALIDADE. LESIVIDADE. 1. A ação popular é meio processual constitucional adequado para impor a obediência ao postulado da moralidade na prática dos atos administrativos. 2. A moralidade administrativa é valor de natureza absoluta que se insere nos pressupostos exigidos para a efetivação do regime democrático. 3. Contrato de risco sem autorização legislativa e sem estudos aprofundados de viabilidade do êxito que foi assumido por administrador público para pesquisar petróleo em área não tradicionalmente vocacionada para produzir esse combustível. 4. Ilegalidade do ato administrativo que, por si só, conduz a se ter como ocorrente profunda lesão patrimonial aos cofres públicos. 5. A lei não autoriza o administrador público a atuar, no exercício de sua gestão, com espírito aventureiro, acrescido de excessiva promoção pessoal e precipitada iniciação contratual sem comprovação, pelo menos razoável, de êxito. 6. Os contratos de risco para pesquisar petróleo devem ser assumidos pelo Estado em níveis de razoabilidade e proporcionalidade, após aprofundados estudos técnicos da sua viabilidade e autorização legislativa. 7. A moralidade administrativa é patrimônio moral da sociedade. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem proteger esse patrimônio de modo incondicional, punindo, por mínima que seja, a sua violação. 8. "Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato impugnado" (STF, RE 160381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.08.94, p. 20052). 9. "O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar

normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a administração pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e histórico" (STF, RE 170.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.08.99, p. 16). 10. "... o entendimento de que, para o cabimento da ação popular, basta a demonstração da nulidade do ato administrativo não viola o disposto no artigo 153, parágrafo 31, da Constituição, nem nega vigência aos arts. 1º e 2º da Lei 4.717/65, como já decidiu esta Corte ao julgar caso análogo (RE 105.520)" (RE 113.729/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 25.08.89, pg. 13558). 11. "Antes mesmo de promulgada a vigente Carta, o STF orientou-se no sentido de que para cabimento da ação popular basta a demonstração da nulidade do ato, dispensada a da lesividade, que se presume (RTJ 118, p. 17 e 129, p. 1.339" (Milton Floks, in "Instrumentos Processuais de Defesa Coletiva", RF 320, p. 34). 12. "... ultimamente a jurisprudência tem se orientado no sentido de que basta a demonstração da ilegalidade, dispensada a da lesividade, que se presume" (Luis Roberto Barroso, "Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política - Ação Popular e Ação Civil Pública. Aspectos comuns e distintivos". Jul - set. 1993, nº 4, p. 236). 13. Invalidação do contrato firmado em 11.09.79, entre a PETROBRÁS e a PAULIPETRO. Ilegalidade reconhecida. Lesividade presumida. 14. Embargos de divergência conhecidos, porém, rejeitados (STJ, EREsp 14868/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, j. 09/03/2005, DJ 18/04/2005, p. 206).

3.2.5.2 STJ, 2ª Turma. *Meia-entrada para estudantes como forma de promoção e incentivo à cultura*

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE MANDAMUS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E INCENTIVO À CULTURA. ARTS. 170 E 216 DA CF/88. INTERPRETAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. OCORRÊNCIA. EXIGÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. ART. 4º DA LEI N. 2.519/96. REVOGAÇÃO. LEI ESTADUAL N. 4.161/03. COISA JULGADA. IDENTIDADE DE AÇÕES. INEXISTÊNCIA. 1. Para apreciar o writ, o magistrado necessariamente examina o embase jurídico do ato praticado pela Administração Pública, a fim de, posteriormente, julgar a ocorrência ou não de violação do direito líquido e certo do particular. Em consequência, inexistente óbice para a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei analisada, ainda que em ação mandamental. Precedentes. 2. É função do Estado garantir aos cidadãos o pleno exercício dos direitos culturais e facilitar o acesso às fontes de cultura nacional (art. 216, § 3º, da Constituição Federal). 3. A intervenção estatal na atuação econômica não pode ocorrer de forma ampla e

descontrolada, visto que vivemos num sistema calcado na livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170 da Carta Magna). Destarte, tal ingerência somente é permitida em casos excepcionais, sendo condição para tanto a presença do requisito da proporcionalidade, no qual existe uma razoabilidade entre os meios empregados e o fim objetivado. 4. A norma estadual que determina que os estabelecimentos privados a cobre meia-entrada a estudantes devidamente identificados, não incorre, em face do postulado da razoabilidade, em qualquer violação a princípios constitucionais, sobretudo diante do conteúdo dos preceitos da livre iniciativa e do incentivo à cultura. 5. Não há por que falar em ausência de regulamentação legal porquanto, à época da autuação do particular, já estava vigor a Lei n. 4.161/2003, que revogara dispositivo anterior que exigia a relação dos estabelecimentos sujeitos à cobrança de meia-entrada. 6. É requisito para a existência de coisa julgada a identidade de ações. 7. Recurso ordinário não-provido (STJ, 2ª Turma, RMS 19524/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01/09/2005, DJ, 26/09/2005, p. 272).

3.2.5.3 TJSC, 3ª Câmara de Direito Público. *O Município é sempre responsável indireto nas ocorrências de dano ou ameaça de dano ao meio ambiente por omissão no seu papel de fiscalizar, sendo cabível, portanto, o litisconsórcio passivo nas ações civis públicas juntamente com o agressor principal*

EMENTA: Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. **Meio Ambiente.** Obra em área de preservação permanente. Particular. Município. Litisconsórcio Passivo. Cabimento. Recurso provido. (...) *parte passiva na ação ambiental será o responsável pelo dano ou pela ameaça de dano, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, inclusive a Administração Pública. Entendemos que o Poder Público poderá sempre figurar no pólo passivo de qualquer demanda dirigida à reparação do meio ambiente: se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, por intermédio de um de seus agentes, o será por omissão no dever que é só seu de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam.* (Édis Milaré) *É parte legítima para figurar no pólo passivo da ação civil pública, solidariamente, o responsável direto pela*

violação às normas de preservação do meio-ambiente, bem assim a pessoa jurídica que aprova o projeto danoso. Na realização de obras e loteamentos, é o município responsável solidário pelos danos ambientais que possam advir do empreendimento, juntamente com o dono do imóvel. (REsp, nº 295797/SP, rel Min. Eliana Calmon, DJ 12.11.2001) Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.003958-1, da Comarca de Palhoça, em que é agravante o Ministério Público, por seu representante, sendo agravados Município de Palhoça e Marilda Aparecida da Silva Alves: **ACORDAM**, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso (TJSC, 3ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2004.003958 1, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 23/08/2005)

3.2.5.4 TJRS, 1ª Câmara Cível. *Execução de Termo de Ajustamento de Conduta e limites para a oposição de embargos pelo executado compromissado*

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EMBARGOS JULGADOS IMPROCEDENTES PARA O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO ATÉ A SATISFAÇÃO TOTAL DO TERMO DE AJUSTAMENTO FIRMADO ENTRE A EMBARGANTE E O MINISTÉRIO PÚBLICO. TERMO DE AJUSTAMENTO QUE POSSUI FORÇA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRESERVAR O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRELIMINARES REJEITADAS. Das preliminares. Do cerceamento de defesa. Desnecessidade de produção de outras provas quando os documentos acostados aos autos, juntamente com a confissão de não-cumprimento do termo de ajustamento por ela firmado, são suficientes a embasar a execução, tornando indiscutível o descumprimento das obrigações. Da conexão e continência. Não há conexão e continência quando os objetos e causas de pedir são distintos, ainda que semelhantes, em que pese haja identidade entre as partes. Da legitimidade ativa do Ministério Público. Possui legitimidade o MP para executar termo de ajustamento por ele firmado e que possui força de título executivo extrajudicial, bem como legitimada passivamente a empresa que, através de seu representante, assinou o termo de livre e espontânea vontade. Da incompetência de juízo. Em se tratando de execução de título executivo extrajudicial, aplicáveis as disposições do art. 576 c/c art. 94 do CPC. Da carência de ação. Não há falar em carência de ação quando juridicamente possível o pedido e presente o interesse de agir. Da validade do termo de ajustamento. Em constatado o dano ao meio ambiente, correto o proceder do Ministério Público que instaurou o IP e firmou o termo de

ajustamento que ensejou a execução que deu origem aos embargos. E isto porque, é o Ministério Público uma instituição defensora dos direitos individuais indisponíveis, coletivos e difusos, sendo seu dever promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (art. 129, III, CF). É do Poder Público, pois, o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF). Do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição Federal consagra o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuidando dos interesses difusos, bem como à qualidade de vida da coletividade. Por outro lado, a Carta Magna também consagra os princípios da propriedade privada e da livre exploração econômica. Imprescindível é se adequar estas atividades econômicas, que produzem empregos e criam riquezas, aos interesses difusos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E isto só se consegue através de inúmeras medidas protetivas ao meio ambiente, tais quais as pactuadas no termo de ajustamento firmado entre a parte embargante e o Ministério Público. Do não-cumprimento do termo de ajustamento. Correto o ajuizamento da execução do termo de ajustamento, que possui força de título executivo extrajudicial, e que não restou cumprido na íntegra pela embargante, de modo que, impositivo o desacolhimento dos embargos, prosseguindo-se com a execução, até que todas as obrigações ajustadas sejam adimplidas. Aplicáveis as disposições dos arts. 960 e 961 do CC quanto à constituição em mora. Apelo improvido. (TJRS, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70003393071, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, j. 13/11/2002).

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Reflexões sobre o Ministério Público interveniente

Élida de Freitas Rezende

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais



Élida de Freitas Rezende

O Ministério Público indubitavelmente atravessa irrefreável e necessário momento de transformação. O papel de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis já não se coaduna com a visão privatística de outros tempos. Essa renovação é perceptível no direito posto.

A recente Lei de Falências prevê inovadora forma de atuação, marcada pela análise de conveniência, aspecto acentuado nas razões de veto

ao art. 4º do estatuto, que impunha a obrigatória intervenção em feitos em que figurasse como parte a massa falida.

O que se pretende aqui, todavia, ao contrário de apregoar o desapego à literalidade da lei ou para além de reivindicar a adequação da ordem jurídica a um novo perfil institucional, é buscar questionamentos acerca da função ministerial à luz da legislação vigente.

A propósito da missão de fiscal da lei, – fala-se, hoje, em *custos juris* –, impende perquirir o alcance da expressão utilizada para guiar o desempenho desse mister, assim no Código de Ritos como em leis esparsas.

Procura-se, por outras palavras, o sentido de intervir, verbo inserido no art. 82 do CPC e em outros comandos tendentes a delinear o desempenho das atribuições cometidas ao Ministério Público.

Trata-se de análise singela, mas impregnada de ponderável efeito prático: o que significa, afinal, intervir num feito? A consulta aos léxicos revela que intervir é tomar parte, interpor sua autoridade ou diligência.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público atribui-lhe a incumbência de manifestar-se nas causas em que sua presença seja obrigatória ou cabível, “para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou o grau de jurisdição em que se encontrem os processos”.

Essa vigilância, como cediço, é reclamada na defesa de interesses indisponíveis, seja pela natureza da lide, seja pela qualidade da parte.

Traduz-se a indisponibilidade, pois, no limite da interferência, ditando o momento e a forma da ação fiscalizadora.

Assim é que, na qualidade de órgão interveniente, ora desenvolve o Ministério Público atividade similar à dos litigantes, produzindo provas e requerendo diligências, ora exerce função análoga à do magistrado, examinando pontos controvertidos da demanda e apontando solução justa ao desate da contenda.

Na derradeira hipótese, por vezes se assemelham, na forma, os atos oriundos das duas instituições, em virtude da necessidade de fundamentação dos pronunciamentos do promotor de justiça, tal como ocorre com relação à sentença. Na essência, contudo, diverge o exercício ministerial da atividade judicante.

O ofício jurisdicional esgota-se com a publicação da sentença, cujo conteúdo é balizado pelas questões debatidas. A conduta do fiscal da lei, de seu turno, é pautada em função da indisponibilidade, absoluta ou relativa, dos interesses submetidos a apreciação. Consigne-se que, sem ser facultativa, reveste-se essa atuação de certa discricionariedade.

Aliás, determina a Lei 8.625/93, às expensas, que poderá o *parquet*, no exercício de suas funções, “manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção”.

As razões que determinam a interferência estão previstas em lei e abrigam, sempre, interesse objetiva ou subjetivamente intangível.

Não compete ao Ministério Público, destarte, eleger o objeto de sua tutela, restringindo ou alargando o elenco legal, mas, norteado pelo motivo determinante de seu ingresso no feito, deverá avaliar a medida da intervenção necessária.

Por isso é que a falta de efetiva manifestação não acarreta nulidade, bastando a convocação do *custos legis* para acompanhar o processo em que deva funcionar.

Do que se ponderou, resulta que o Ministério Público, tangido e tolhido pelo proveito social ínsito a seu agir, poderá encerrar, antes da prestação jurisdicional, sua participação no litígio ou, persistindo a necessidade de velar pelo interesse indisponível, exarar manifestação final de conteúdo menos abrangente que o exigido da sentença. Esses conceitos, em modesta escala, vêm sendo empregados sem resistência.

Não se censura o promotor de justiça que emite parecer final sem se ocupar da distribuição do ônus da sucumbência, tampouco se defende a permanência do fiscal da lei no feito se a parte a princípio incapaz atinge a maioria.

As mesmas premissas se prestam também a alcançar inúmeras outras situações, relegadas na prática.

À guisa de exemplo, mencione-se a ação de usucapião de imóvel matriculado. Resguardada a segurança do registro público, causa determinante da legitimação interventiva, subsistirá apenas disputa acerca da aquisição do domínio de bem de raiz. Sendo maiores e capazes os litigantes, nada justifica a presença do *parquet* até o desfecho da causa.

Em ação de divórcio ou separação, poderá o Ministério Público manifestar-se sobre o desenlace e os aspectos que envolvem filhos menores, abstendo-se de apreciar questões ligadas à partilha, interesse patrimonial discutido entre partes maiores e capazes. Num e noutro caso terá havido, sem dúvida, legítima e eficaz intervenção. Intervir é, então, aplicar a diligência necessária e suficiente para a defesa do interesse tutelado.

Logo, sem a preocupação de enumerar as incontáveis hipóteses que ensejam idêntico raciocínio, o que se conclui é que o corrente modelo de atuação fiscalizatória - não raro pródiga contribuição a interesses disponíveis - é antes fruto do hábito que uma imposição da lei.

3.3.2 Aspectos procedimentais da adoção internacional

Fátima Salomé Barreto Garcia

Assistente Social da Comissão Estadual Judiciária de Adoção – CEJA em Minas Gerais

A adoção permite à criança, ao adolescente e à família adotante o direito legal de estabelecer o vínculo paternidade-filiação. Com a adoção internacional não é diferente. O que diverge é apenas o local de residência da família, ou seja, o deslocamento da criança para outro país.

Ressalta-se também que não se trata mais de garantir o direito à sucessão como em épocas remotas nem de satisfazer ao interesse do adulto, mas sim de garantir a proteção das crianças e adolescentes que foram privados da vida familiar junto às suas famílias biológicas. Cai por terra, portanto, o interesse privado da adoção.

No caso da adoção internacional, em primeiro lugar, é de se destacar a sua subsidiariedade. À criança deve ser garantida, sempre que possível, sua permanência junto da família biológica. A colocação em família substituta é uma conseqüência dos direitos fundamentais da criança e surge como uma obrigação do Estado ou da comunidade de proporcionar um núcleo familiar à criança.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo que trata da família, criança, adolescente e idoso, prevê, no *caput* do art. 227 *in verbis*:

É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à CONVIVÊNCIA FAMILIAR e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa ABSOLUTA PRIORIDADE é prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, que também prevê, objetivamente, medidas de proteção, aplicáveis sempre que esses direitos forem ameaçados ou violados, por omissão dos pais (ECA, item II, do art. 98), e ensejam, num primeiro momento, a aplicação das medidas de abrigo em instituição e, mantido o abandono, a colocação em família substituta.

O abrigo em instituição é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta. Vários estudiosos sempre realçaram o papel da família, que é fundamental para o aprendizado e para o completo desenvolvimento da criança, principalmente para atender às suas necessidades psicológicas e afetivas.

É de destacar, também, que, no que diz respeito à adoção internacional, tem um caráter de subsidiariedade em relação à adoção nacional. Tal situação está formalmente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), quando prevê, em seu art. 31, textualmente: “A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”.

Portanto, o encaminhamento de uma criança para colocação em família substituta estrangeira está, sempre, condicionado ao prévio exame da possibilidade de sua colocação em família nacional.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) seja uma lei federal, a prática de adoção é regulamentada de forma diferente nos diversos Estados.

Isto porque, como prevê o ECA, a criação de Comissões de

Adoção, no âmbito estadual, ligadas ao Tribunal de Justiça de cada Estado, regulamentou-a segundo critérios próprios. Necessário destacar que todas as Comissões de Adoção reexaminam os fundamentos da decisão da justiça estrangeira, para, se for o caso, solicitar a complementação de dados, quando eventualmente algum relatório não aborde temas que, segundo critérios da técnica que o examinar, são indispensáveis. Entretanto, após a ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Haia, a decisão da justiça estrangeira (sobretudo daquele país que também a tenha ratificado) que considera o casal habilitado para adoção é integralmente respeitada, dentro dos limites nela fixados.

Portanto, qualquer estrangeiro que se interesse em adotar deve, em primeiro lugar, contratar as Comissões de Adoção de cada Estado, para se informar sobre as regras de cada uma.

Destaca-se também que a maioria das Comissões de Adoção exigem que a documentação para a habilitação do casal estrangeiro seja apresentada através de uma associação criada no país de origem, com autorização para funcionamento, emanada do governo daquele país, e que esteja devidamente cadastrada no governo federal em Brasília e na Polícia Federal, ou através da autoridade central do país de origem dos interessados.

As Comissões de Adoção começaram a ser criadas a partir da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nos termos previstos no seu art. 52, abaixo transcritos:

A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente.

Parágrafo único: competirá à comissão manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção.

A Comissão Estadual Judiciária de Adoção do Estado de Minas Gerais foi uma das primeiras comissões a serem criadas, na data de 15 de maio de 1992, pela Resolução nº 239/92.

Nos considerandos justificativos de sua criação, além de referência expressa ao art. 52 do ECA, foi destacada:

- 1º - a necessidade de manter o registro previsto no § único;
- 2º - a criação de um mecanismo para controle das adoções internacionais;
- 3º - a segurança e respaldo que a Comissão daria, com a expedição de um laudo de habilitação, aos juízes da infância e juventude;
- 4º - a garantia da preferência aos adotantes brasileiros e a defesa do superior interesse da criança;

Respeitadas essas condições, o objetivo final da Comissão é fornecer ao interessado estrangeiro uma autorização (laudo de habilitação) que o credencia a promover uma adoção no âmbito daquele Estado respectivo, embora a comissão não possa interferir nos processos de adoção, que são de competência exclusiva dos juízes da infância.

Necessário esclarecer que, na prática das adoções, podemos distinguir dois momentos:

1º - o controle e a fiscalização das adoções internacionais – objetivo das Comissões de Adoção;

2º - o processamento das adoções – competência exclusiva dos juízes da infância.

Dentro desses parâmetros foram criadas as comissões de adoção de cada Estado, cada uma com sua forma particular de funcionamento.

Devemos lembrar que, como o Brasil é uma república federativa, os Estados têm autonomia em alguns assuntos, entre eles a organização e funcionamento da justiça Estadual. Como os processos de crianças estão afetos à justiça estadual, cada Estado é independente para decidir a respeito. E é exatamente esta autonomia que gerou as diferenças de funcionamento entre as comissões de adoção. A forma de atuação da CEJA/MG veio delineada na Resolução 239 que a criou.

Inicialmente, é feito um requerimento de HABILITAÇÃO. Junto desse requerimento, no caso específico de Minas Gerais, deverão ser anexados todos os documentos relacionados no art. 12, §§ 1º e 2º do Regimento Interno da CEJA/MG, que deverão ser devidamente acompanhados das respectivas traduções, na forma da lei, quais sejam:

- estudo psicossocial, elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem, ou por determinação de autoridade judiciária competente;
- atestado de sanidade física e mental;
- atestado de antecedentes criminais;
- autorização expedida no país de origem, por autoridade competente, para realização de adoção de brasileiro;
- texto da legislação específica do país dos interessados;
- comprovante de vigência da legislação específica;
- declaração firmada de próprio punho de ter ciência de que a adoção no Brasil é gratuita e tem caráter irrevogável e irretirável.

Depois de autuados, serão encaminhados para a equipe técnica da CEJA, e que é feito um parecer para servir de base para o membro que funcionará como relator do processo, que será distribuído entre os membros da Comissão. Quem o recebe funciona como relator, examina o pedido e o apresenta para decisão em reunião plenária.

A equipe técnica da CEJA/MG, além do relatório acima referido, promove um levantamento da situação de cada criança em disponibilidade para adoção internacional, objetivando fornecer, ao interessado, o maior número de informações possível.

Retornando ao procedimento da habilitação e considerando a hipótese de deferimento, a CEJA/MG habilita o interessado e condiciona a entrega do laudo de habilitação à indicação da criança.

O processo, portanto, fica na comissão aguardando a indicação da criança, pois, em Minas Gerais, a própria CEJA/MG é quem faz essa indicação.

Essa forma de trabalho veio definida na Resolução 239/92, publicada no Diário Oficial de 21/05/92, que dispôs sobre a criação da CEJA/MG, quando previu, no item III do art. 4º, que são atribuições da CEJA/MG, “indicar, aos pretendentes estrangeiros, depois de aprovada a sua habilitação, as crianças e adolescentes cadastrados, em condições de serem adotados, quando não houver pretendentes nacionais, ou estrangeiros residentes no país, interessados na adoção”.

O número da habilitação que cada interessado recebe é

considerado, pois, quando dois interessados ou mais, em igualdade de condições, solicitam a indicação de uma mesma criança, a preferência é dada para a habilitação mais antiga. O critério da antiguidade só será preterido se houver interessados brasileiros residentes no exterior.

O cadastro de crianças indicadas à CEJA/MG é formado com a indicação das crianças pelos juízes da infância de todas as comarcas do Estado de Minas Gerais, com a situação jurídica definida, condição *sine qua non* para o cadastramento de crianças e adolescentes disponíveis para adoção internacional. O que comanda a ação judicial em relação às crianças e adolescentes é o princípio da DEFESA DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA.

Portanto, não existem critérios rígidos para o encaminhamento das crianças à CEJA/MG, não existem prazos previsíveis nem processamentos definidos.

A consequência disso: muitas crianças são indicadas com situação jurídica definida mas muitas outras são indicadas sem tal definição. Há um procedimento comum, não só da CEJA de Minas Gerais como das demais CEJAs da Federação, para que as crianças sejam encaminhadas ao cadastro de crianças disponíveis à adoção internacional, após célere definição da situação jurídica.

Em reunião ordinária realizada no dia 02/03/00, um dos membros da CEJA/MG, “sugeriu que membros da CEJA agendassem uma audiência com o Sr. Procurador-Geral de Justiça a fim de que, em conjunto, fosse planejada uma ação de orientação aos promotores de justiça do interior, quanto à conveniência e necessidade de pleitear ação de extinção do poder familiar em casos críticos de abandono”.

Está sendo feito um trabalho nesse sentido, com resultados já visíveis, pois, a maioria das crianças estão sendo encaminhadas com a situação jurídica definida.

Retomando os procedimentos da CEJA, após o recebimento do laudo de habilitação, com a indicação de uma criança específica, o interessado deve promover o pedido de adoção junto à Vara da Infância e Juventude responsável por aquela determinada criança.

Nessa fase, a CEJA não atua, cabendo ao juiz da Vara da Infância e Juventude promover o processo de adoção, que é um procedimento judicial.

Finalizada a parte jurisdicional, a CEJA/MG retoma, expedindo uma Certidão de Conformidade, para fins de emissão de passaporte para a criança adotada.

A adoção internacional é um ato de forte apelo aos princípios de justiça. Portanto, espera-se dos juízes e promotores da infância e juventude uma posição de humanidade e inquietude, na busca das soluções ou alternativas menos prejudiciais no cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes.

O caminho é longo e os fatos levam à conclusão de que ainda não se conseguiu fazer valer na prática o superior interesse da criança. Vencer essa situação requer uma profunda sensibilidade.

Estamos muito longe de onde queremos chegar quando se trata dos direitos de crianças. Ao mesmo tempo, estamos cada vez mais perto.

3.3.3 Aspectos teóricos sobre a evicção

Charles Daniel França Salomão

Promotor de Justiça da Comarca de Pitangui(MG)

A palavra evicção vem do latim *evictio*, do verbo *evincere* que significa ser vencido. O verbo *evincer* significa tirar, judicialmente, a propriedade de alguém.

O fundamento jurídico da evicção, semelhante ao que ocorre com os vícios redibitórios, é o princípio da garantia, segundo o qual o alienante é obrigado não só a entregar ao adquirente a coisa alienada, mas também garantir-lhe o uso e o gozo. Fundamenta-se, também, no princípio universal que veda o enriquecimento sem causa, coibindo-se a má-fé e garantindo a segurança jurídica nos negócios bilaterais.

A responsabilidade pela evicção garante contra os defeitos de direito. Quem transfere uma coisa por título oneroso (vendedor, cedente, arrendante, etc) está obrigado a garantir a legitimidade do direito que transfere. Deve ser assegurado ao adquirente que seu título é bom e suficiente e que ninguém mais tem direito sobre o objeto do contrato, vindo a turbá-lo, alegando melhor direito. Essa responsabilidade independe de estar ou não prevista em contrato. Decorre de lei, sendo, portanto, do alienante a obrigação pela evicção em todo e qualquer contrato oneroso, pelo qual se transfira o domínio, posse ou uso.

Com efeito, a evicção, que demonstra um defeito no direito transmitido (diferentemente dos vícios redibitórios, que se referem a defeitos materiais ocultos), fundamenta-se, assim, na obrigação do alienante em assegurar a posse pacífica da coisa alienada, refletida em duas condutas diversas: a) impedir a turbacão da posse do adquirente; b) assistir e tomar a defesa do adquirente no caso de ação reivindicatória (na qual se dá o chamamento a sua autoria); c) reparar os danos causados ao adquirente, caso a evicção se consuma.

Neste contexto, conceitua-se evicção como a perda total ou parcial do domínio ou uso de uma coisa em virtude de uma decisão judicial, que resulta em uma turbacão ao direito do adquirente, havido por um contrato oneroso, que implica a perda da propriedade ou da posse do bem, gerando o direito à reparação. Isso porque lhe retira o poder de uso do bem, estando o vendedor ou alienante, por força da lei, obrigado a resguardar o comprador dos seus riscos e com a responsabilidade pela conseqüente indenização.

Na evicção, figuram três personagens: o evictor, que é o terceiro reivindicante e vencedor da ação, o evicto, que é o adquirente vencido na demanda movida por terceiro e o alienante, responsável pelos riscos da evicção.

Quanto à classificação, a evicção pode ser total e parcial. Uma evicção total envolve a totalidade da extensão da coisa alienada, enquanto na evicção parcial nos vemos diante de um objeto que permite fracionamento, estando evicta apenas parcela da extensão desse objeto. Naquela, terá direito o evicto de obter a restituição integral do preço, com as indenizações legais. Nesta, sendo considerável, poderá optar entre a rescisão contratual ou o abatimento no preço, proporcionalmente à parte subtraída a seu domínio ou a desvalorização sofrida pela existência de ônus real.

Outrossim, para a configuração da evicção, são necessários os seguintes requisitos: (a) perda total ou parcial da propriedade, posse ou uso da coisa alienada; (b) onerosidade da aquisição (compra e venda, locação), não havendo, em regra, evicção em contratos gratuitos, salvo doação onerosa (modal, gravada com encargo); (c) ignorância, pelo adquirente, da litigiosidade da coisa. Se a conhecia, presume-se ter assumido o risco de a decisão ser desfavorável ao alienante; (d) anterioridade do direito do evictor. O alienante só responde pela perda decorrente de causa já ao tempo da alienação. O vício de direito deve ser anterior ou concomitante à alienação; (e) Denúnciação da lide ao alienante para que venha coadjuvar o réu-denunciante na defesa do direito. Instaura-se, por meio dela, a lide secundária entre o alienante e o adquirente, no mesmo processo da lide principal, travada entre o reivindicante e o adquirente. Somente após a ação do terceiro contra o adquirente é que este pode agir contra aquele; (f) Sentença judicial definitiva, negando ao adquirente seu direito à coisa e declarando a evicção.

No entanto, a jurisprudência tem admitido, em casos excepcionais, a evicção, independentemente de sentença judicial: a) quando houver perda do domínio do bem pelo implemento de condição resolutiva; b) quando houver apreensão policial da coisa, em razão de furto ou roubo ocorrido anteriormente à sua aquisição ou c) quando o adquirente ficar privado da coisa por ato inequívoco de qualquer autoridade.

Por se tratar de direitos disponíveis, patrimoniais, a responsabilidade pela evicção, por meio de cláusula expressa, pode ser aumentada, reduzida ou mesmo suprimida. Porém, para que seja válida a cláusula de exclusão faz-se mister o conhecimento prévio do adquirente do risco da evicção. Ressalte-se, contudo, que uma exclusão da responsabilidade, mesmo quando inserida no contrato, se o foi de forma genérica e a outra parte não estava ciente ou não assumiu o risco do resultado, não se pode falar em afastamento da obrigação do alienante.

3.3.4 Da alteração do objeto da demanda mesmo após o saneamento da causa

Samuel Alvarenga Gonçalves

Bacharel em Direito

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

É afirmação corrente (quase um *dogma*) que no processo civil, em seu rito ordinário, feita a citação, é defeso ao autor modificar o **pedido** ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Tal assertiva inclusive está expressamente registrada no CPC, 264, *caput*. E arremata o parágrafo único do citado artigo: “A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”. Antes, porém, de realizada a citação, não há dúvidas de que o demandante possa aditar o pedido feito inicialmente (CPC, 294)¹.

Os arts. 264 e 294 do Código de Processo Civil, parcialmente sobrepostos, são portadores da regra segundo a qual, angularizada a relação processual pela citação – e portanto integrado a ela o demandado – a demanda permanecerá imutável e a sentença a ser afinal proferida não poderá pronunciar-se fora dos limites que ela estabelece (arts. 128 e 460). A finalidade desses dois dispositivos é limitar com bastante severidade a possibilidade de alterações na demanda proposta².

Logo, a “alteração da demanda pode ser *subjéctiva* (quando ocorre mudança de alguma das partes) ou *objectiva* (quando se modifica o pedido ou a causa de pedir). Ambas as hipóteses vêm tratadas no art. 264 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil”³.

Trata-se, assim, de efeito processual da citação cuja regra consagra o chamado *princípio da estabilização da demanda* – tanto no plano da estabilização subjéctiva quanto da objectiva – e tem como finalidade impedir que o demandado seja surpreendido, permitindo-se, assim, o pleno exercício do direito de defesa e a eficaz prática do contraditório⁴.

Com a maestria de sempre, Dinamarco assevera que, como o processo não é um “*negócio de família* e a jurisdição é uma função pública, o poder de disposição das partes não pode chegar ao ponto de permitir que elas prejudiquem o bom exercício desta”⁵. Então, saneado o processo, isto é, fixados os fatos controvertidos dependentes de provas, decididas as questões processuais pendentes e determinados os meios de provas a serem produzidas (CPC, 331, § 2º - *organização da instrução probatória de acordo com a pertinência e relevância*), o procedimento já terá chegado a um ponto que retroceder significaria tumultuar. E conclui o jurista:

Esse é um reflexo da *rigidez do procedimento* no processo civil brasileiro, o qual se desenvolve em fases razoavelmente bem delineadas e não comporta os retrocessos que seriam inevitáveis caso novos fatos, novos pedidos e novos sujeitos pudessem a qualquer tempo ser inseridos no processo pendente. Não sendo possível retroceder para citar outra vez o réu pelos sucessivos aditamentos e para permitir novos atos de defesa complementar, seria ilegítimo permitir essas alterações depois da citação, porque prejudicariam sensivelmente a efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa⁶.

Entretanto, como na consagrada visão tridimensionalista de Miguel Reale, o direito não é apenas norma, mas também fato e valor, o próprio sistema apresenta inúmeras exceções ao princípio da *estabilização da demanda* como forma de compatibilizar o exercício da jurisdição com a desejada efetividade do processo. Vejamos, pois, alguns casos nos quais o demandado poderá alterar o pedido inicialmente feito, mesmo após a prolação da decisão interlocutória saneadora.

O **primeiro exemplo** clássico tem apoio no processo coletivo, no qual **não vigora o princípio da estabilização da demanda**.

O ordenamento jurídico brasileiro possui um microsistema de tutela coletiva formado com a aplicação integrada entre a LACP, 21 (material) e o CDC, 90 (processual). Entretanto, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, a aplicação do CPC se faz de forma subsidiária e limitada, devendo haver **dupla compatibilidade** (formal e teleológico-substancial) dos seus dispositivos com a estrutura do microsistema. Assim, o CPC somente será aplicado quando não houver norma em sentido contrário no microsistema (compatibilidade formal) e ainda se sua aplicação não colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional adequada de interesse social que é defendida por meio do processo coletivo (compatibilidade teleológico-substancial).

Por essa razão é que as regras do CPC, *e. g.*, condizentes com a interpretação estrita do pedido (CPC, 293), a responsabilidade em cautelar (CPC, 811) ou a estabilização da demanda (CPC, 264) não vigoram em sede de processo coletivo, uma vez que, nessas hipóteses, fragilizar-se-ia a tutela coletiva, haja vista que o processo coletivo possui dignidade constitucional e natureza de instrumento essencial e potencializado de proteção e efetivação material do Estado Democrático de Direito e de transformação positiva da realidade social⁷.

Assim, o fundamento de tal raciocínio encontra amparo no princípio democrático (CF/88, 1º) e, em benefício da expressiva parcela da população destinatária dessa tutela, Pedro Lenza pontifica que se deve buscar, então, “a concretização da *tutela jurisdicional coletiva*, condizente e suficiente aos anseios da sociedade de massa, destacando-se o processo no seu bojo, como verdadeiro e importante instrumento de *pacificação social* (escopo magno da jurisdição). A técnica, deve, portanto, servir de meio adequado para que o processo atinja os seus escopos, as suas finalidades e os seus resultados”⁸.

Como **segundo exemplo**, cita-se o CPC, 584, III, com atenção à parte final do inciso com a redação alterada pela Lei 10.358/01⁹. Esse dispositivo elenca como título executivo judicial a sentença homologatória de conciliação ou de transação, **ainda que verse sobre matéria não posta em juízo**.

Então, no plano do processo de conhecimento respectivo que der origem a esse título judicial, não há problema que a expressão *matéria não posta em juízo* seja composta de tais circunstâncias que venham inclusive a alterar substancialmente o pedido, majorando-o e extrapolando o próprio objeto do processo. A ilustração que se segue é de Freitas Câmara:

Assim, por exemplo, numa demanda em que se pediu a condenação do demandado ao pagamento de uma dívida, poderiam as partes celebrar transação em que incluíssem também um acordo acerca de outra obrigação, referente, *e. g.*, a um segundo contrato de mútuo celebrado entre as partes, e que não estava vencido quando do ajuizamento da demanda¹⁰.

Dinamarco alude ser essa disposição muito sadia e positiva em face da garantia constitucional da tutela jurisdicional, porque abre horizontes para uma amplitude maior de resultados do processo. E assim, também, fornece-nos um didático exemplo:

Se estou em litígio por perdas-e-danos decorrentes dos lucros cessantes que aleguei, posso ajustar com meu adversário um acordo de maior amplitude, que abranja também os danos emergentes do mesmo ato alegado na petição inicial; podemos até ajustar a solução de qualquer outra possível pretensão minha ou dele, ainda que sem conexidade alguma com o litígio pendente (p. ex., concordamos em rescindir um contrato de locação existente entre nós). Em qualquer hipótese, a partir da homologação judicial, **que o juiz não pode negar com fundamento de a transação extrapolar os limites do processo**, ela será título para a execução forçada sempre que incluir o cumprimento de uma obrigação (eficácia de condenação)¹¹ (grifamos).

Logo, se já ficou claro que o CPC, 583, III, possibilita a formação de título executivo judicial no curso do processo de conhecimento, cujo pedido tenha sido alterado, também já se pode antever, pela própria natureza da conciliação e da transação, que o momento de formação desse título – com a conseqüente modificação do pedido – poderá se dar em fase posterior ao próprio saneamento do processo, o que confirma mais uma vez a tese proposta de que **não é absoluta** a regra segundo a qual a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo (CPC, 264, parágrafo único).

Em que pese não se tratar de terminologia unívoca, Antônio Cláudio da Costa Machado explica que, “sob a ótica processual, é possível a seguinte distinção: conciliação é a transação provocada pelo magistrado (arts. 447 a 449); acordo é a transação, alcançada espontaneamente pelas partes e levadas para os autos. Para ter efeito processual, a transação depende de o direito ser disponível e de homologação do juiz, que é ato de aprovação ou confirmação expressa por sentença”.

Assim, nos termos do CPC, 125, IV, se o juiz tem o poder-dever de tentar a qualquer tempo, conciliar as partes, então é correto dizer que isso poderá se dar tanto após a fase saneadora do processo como durante a realização da audiência de instrução e julgamento (CPC, 447/448). Essa conclusão é confirmada também pelo CPC, 342, quando alude à expressão “em qualquer estado do processo” (já que não há qualquer óbice para que durante o depoimento pessoal das partes seja realizada a conciliação pelo magistrado).

Em se tratando de acordo firmado pelas próprias partes, desde que contenha o dever de realizar uma prestação, ele poderá ser levado para homologação pelo juízo, mesmo após a prolação de sentença em 1º grau até o trânsito em julgado da ação, observadas as seguintes regras: a) se no prazo recursal, deverá ser apresentado ao juízo monocrático; b) ultrapassada essa fase, ao relator do tribunal competente que estiver apreciando a causa. Em caso de recusa pelo juiz de direito, entendemos ser cabível a interposição de agravo na forma retida, podendo ser convertido em agravo de instrumento, nos termos da Lei 11.187/2005 que conferiu nova disciplina ao cabimento dos agravos no processo civil; mas se a recusa se der pelo relator no tribunal, a hipótese então será de interpor os chamados agravos internos à Câmara ou Turma correspondente, conforme disponha o Regimento Interno do Sodalício em questão.

Uma **terceira hipótese** de alteração, pelo autor, do pedido, após a prolação do despacho saneador, seria quando ele decida restringir o pedido através de parcial desistência da ação (CPC, 267, VIII), dependendo também da anuência do réu, podendo ser feito a qualquer tempo e passando a produzir efeitos depois de homologada por sentença (CPC, 158, parágrafo único e 267, § 4º).

Enfim, gostaríamos apenas de indicar **mais uma análise** sobre a *mitigação de dogmas* envolvendo a chamada *estabilização objetiva da demanda*, para o que é justo transcrever a sempre lúcida lição de Dinamarco:

A jurisprudência é propensa a entender que, em caso de *revelia do réu citado por edital*, não estando ele presente para assentir a eventuais modificações, serão elas inadmissíveis. Como estas são excepcionais no sistema, não poderiam ser impostas àqueles que, não tendo tido ciência efetiva da propositura da demanda (...), haja ficado privado da oportunidade de decidir entre concordar e discordar. De todo modo, se o juiz admitir a modificação ou o acréscimo feito pelo autor, nova citação será indispensável¹².

Vale consignar, por derradeiro, que as eventuais incorreções materiais da demanda podem ser corrigidas pelo autor a qualquer tempo.

Notas e referências bibliográficas:

¹ Note-se que em se tratando de processo de conhecimento pelo rito sumário, o limite para essa alteração dá-se por ocasião da realização da audiência preliminar de conciliação (CPC, 277, *caput*).

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. II, 5ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 67.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. vol I, 13ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 287.

⁴ Conforme MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado. 4ª ed., Barueri (SP): Manole, 2004, p. 327.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. II, 5ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 68.

⁶ Op. cit. nota anterior, p. 67.

⁷ Para uma análise aprofundada sobre o processo coletivo no Brasil, recomenda-se a leitura da 1ª obra a conceber e sistematizar o direito processual coletivo brasileiro como um novo ramo do direito processual: ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁸ LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. 2ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 327.

⁹ Averba-se que, substancialmente, essa atual redação do inciso III era a mesma que fora conferida pela primeira reforma do processo (Lei 8.953/94), mas suprimida pela Lei de Arbitragem 9.307/96 (LA, 41) e restaurada agora com a chamada segunda reforma do processo.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. vol II, 13ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 186.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. IV, 5ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 237.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. II, 5ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 68/69.

3.3.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.5.1 ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

Nelson Rosenvald é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Mestre e Doutorando em Direito Civil pela PUC-SP, Professor da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Fundação Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

A obra compõe a *Coleção Prof. Agostinho Alvim* – coordenada pelo Professor Doutor Renan Lotufo – e, segundo nota do próprio autor, o trabalho tem por objetivo “contribuir no sentido de centralizar na dignidade da pessoa humana o

fundamento de efetividade de um direito civil renovado pela ótica principiológica da Constituição Federal”.

E mais: a boa-fé também é analisada em seu perfil remodelador das relações patrimoniais, enquanto verdadeiro modelo de eticização de conduta social, cuja justificação é encontrada no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação de retidão.

Em suma: vale a pena atualizar-se sobre o tema através dessa didática e proveitosa obra.

3.3.5.2 SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. **Abuso de direito processual: uma teoria pragmática.** São Paulo: RT, 2005.

A obra é resultado de alguns anos de pesquisa em criteriosa seleção e organização de literatura e jurisprudência especializada sobre o tema. O abuso no direito processual é analisado sob variadas dimensões: sua construção dogmática, teoria do significado, teorias pragmáticas etc.

Outro ponto de destaque da obra são os inúmeros apontamentos doutrinários que o autor referencia ao longo do livro, trazendo a opinião abalizada de prestigiados juristas nacionais e internacionais.

B) Artigos

3.3.5.3 CAMBI, Eduardo. **Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6º, VIII, do CDC.** *In Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 127, ano 30, (set) 2005, pp. 101-105

Eduardo Cambi é Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná, Professor de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro.

O jurista identifica o art. 6º, III, do CDC como um grande marco divisório para a tutela processual dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Assim, o artigo traz interessantes ponderações do professor a respeito de alguns óbices a serem transpostos quando da aplicação do CDC no tocante à inversão do ônus da prova. Vale registrar, ainda, a orientação de Eduardo Cambi do uso inadequado da expressão *microsistema* ao se referir ao CDC, pois, na verdade, ele seria um *subsistema* ao lado do CPC (que também seria um subsistema), este polarizando a tutela dos direitos individuais e aquele a dos direitos transindividuais.

3.3.5.4 TIMM, Luciano Benetti. **Os dois grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco.** *In Revista de Direito do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 55 (jul-set), 2005, pp. 149-167.

Doutor em Direito Privado pela UFRS, o advogado Luciano Benetti Timm é também Professor de Direito Civil e de Direito Internacional Privado na PUC-RS e na Faculdade do Vale do Rio dos Sinos e FEEVALE.

Conforme orienta o próprio autor, o “artigo tem a finalidade de tratar dos grandes modelos do tratamento

legislativo da responsabilidade civil no Brasil, demonstrando a quebra do paradigma entre o sistema liberal de responsabilidade civil e o sistema social de responsabilidade objetiva” (p. 149).

Mas não é só: o texto merece destaque pela sólida base doutrinária apresentada pelo autor ao longo das suas citações, o que enriquece ainda mais o excelente artigo.

3.3.6 Jurisprudências da área

3.3.6.1 TJSP, 5ª Câmara de Direito Civil. *Cálculo das custas processuais em arrolamento e inventário deve incidir apenas sobre a meação do cônjuge supérstite*

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Taxa judiciária - Arrolamento - Falecido casado no regime da comunhão de bens - Valor da causa equivalente ao monte partível, por expressar o conteúdo econômico do pedido, e não ao monte-mor - Meação, do cônjuge supérstite, excluída - Recurso provido, a fim de que calculadas as custas sobre o

montante da herança. A taxa judiciária no arrolamento e no inventário deve ser recolhida, tomando como base de cálculo o monte partilhável, que corresponde ao valor da causa. (TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 250.274-4, Rel. Des. Marcus Andrade, j. 27.06.02 v.u).

3.3.6.2 STJ, 4ª Turma. *Intervenção obrigatória do órgão do Ministério Público em transação extrajudicial feita pela mãe em nome do menor*

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL CELEBRADA PELA MÃE EM NOME DE FILHA MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ATO QUE EXTRAPOLAA SIMPLES GERÊNCIA E ADMINISTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPRESCINDÍVEIS. “A transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo

recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos”. (REsp n. 292.974-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi.) Uniformização da jurisprudência pela C. Segunda Seção: “São indispensáveis a autorização judicial e a intervenção do Ministério Público em acordo extrajudicial firmado pelos pais dos menores, em nome deles, para fins de receber indenização por ato ilícito.”

(EREsp n. 292.974-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.) Recurso especial conhecido e provido (STJ, 4ª Turma, REsp 293874/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 21/09/2004, DJ 13/12/2004, p. 362).

3.3.6.3 TJRS, 6ª Turma. *Indenização à fumante devido à propaganda enganosa sobre os riscos do cigarro*

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUMANTE. PROPAGANDA ENGANOSA. DEFEITO DO PRODUTO. NEXO DE CAUSALIDADE. REJEIÇÃO DA TESE, NO CASO CONCRETO, DA PERICULOSIDADE ÍNSITA DO PRODUTO E DO LIVRE-ARBITRIO DO ATO DE FUMAR. PRELIMINARES REJEITADAS. Responde objetivamente pelos danos à saúde do fumante a empresa produtora de cigarros, quando, como no caso em tela, resta demonstrada, pela farta prova existente nos autos, a relação de causa e efeito entre o defeito do produto e a doença do consumidor. Hipótese em que o autor fumou por mais de quarenta anos, mas somente veio a receber concludente e definitivo diagnóstico de DPOC (doença pulmonar obstrutiva crônica) em agosto de 1992, fazendo incidir sobre a relação jurídica havida entre as partes as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Provas concludentes de que o autor

adquiriu o hábito de fumar a partir de poderoso condutor do comportamento humano consistente em milionária e iterativa propaganda da ré que, ocultando do público os componentes maléficos à saúde humana existentes no cigarro, por décadas associa o sucesso pessoal ao tabagismo. Tese da ré consistente na ínsita periculosidade do produto-cigarro e do livre-arbítrio no ato de fumar que, no caso concreto, se esboroa ante o comprovado poder viciante da nicotina, ante a ausência de informações precisas quanto aos componentes da fórmula do cigarro e de qual a quantidade supostamente segura para o seu consumo, bem ainda ante a enorme subjetividade que caracteriza a tese, particularmente incompatível com as normas consumeristas que regem a espécie. POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE, POR MAIORIA. DECLARAÇÕES DE VOTO. (TJRS, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70000840264, Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, j. 02/06/2004)

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 As medidas cautelares reais no Processo Penal brasileiro

Eloisa de Sousa Arruda

Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre e Doutoranda em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Chefe do Departamento de Direito Penal, Processual Penal e Medicina Legal da PUC-SP. Participou do Tribunal Penal instituído para processo e julgamento dos crimes contra humanidade na Administração Transitória da ONU no Timor Leste (UNTAET).

A dinâmica do processo, por vezes, em face do próprio normal desenrolar de seus atos, pode resultar na inocuidade da decisão definitiva. Assim, apesar de obtida a sentença que, a princípio, poderia servir à satisfação de interesses, como o da vítima na reparação do dano *ex delicto*, não têm como ser atendidos, em face de circunstâncias ocorridas no curso da ação penal (por exemplo, a total dilapidação, pelo réu, de seu patrimônio).

Por isso mesmo, na disciplina da aplicação do direito material, muitas vezes o legislador vê-se compelido a admitir providências cautelares, instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, com a finalidade de assegurar os meios para que esse provimento definitivo possa vir a ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz.¹ A mencionada antecipação é permitida pelo legislador, por vezes com sacrifício de valores considerados essenciais à realização da justiça, pois, sem a cautela, ter-se-ia, no dizer de Calamandrei, um remédio longamente elaborado para um doente já morto.²

Não encerram as medidas cautelares um fim em si mesmas. Buscam tão-somente assegurar a execução das definitivas. Nisso – salienta Tornaghi – consiste sua instrumentalidade. E acrescenta: destina-se a prevenir, com a necessária urgência, o dano que resultaria da demora da providência definitiva.³

Essa urgência resulta do perigo na demora em concretizar-se a prestação jurisdicional e é sintetizada pela locução latina: *periculum in mora*. Tal perigo, todavia, não pode ser apenas genérico, resultante do normal desenvolvimento dos atos do processo, sendo necessário que se manifeste mediante concretos e efetivos elementos dos quais se possa averiguar, de forma razoável, a probabilidade da transformação do dano temido em dano efetivo. Importante pois que se examine o grau de prejuízo, em proporção com o custo da própria cautela.⁴

Outro pressuposto para a imposição da medida cautelar é o chamado *fumus boni juris*, ou fumaça do bom direito, ou seja, a probabilidade de resultado favorável do processo principal, para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar.

SEQÜESTRO

Podemos definir seqüestro como sendo a medida precautória penal cabível para a retenção dos bens imóveis e móveis, adquiridos pelo indiciado ou réu com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro, tendo em mira a reparação do dano ao ofendido, o custeio das despesas processuais e o pagamento das penas pecuniárias (arts. 125, 132 e 140 do C.P.P.).

Atendendo ao rigor técnico, o termo seqüestro deveria ser reservado para designar a retenção de coisa litigiosa, tendo como objetivo a sua incolumidade, até que se decida a causa principal, por terceiro estranho ao litígio (chamado de sequestratário, ou

seqüestre). A figura que mais se aproxima da prevista no Código de Processo Penal é, na verdade, a do arresto.

A medida poderá ser determinada depois de já iniciada a ação penal ou ainda na fase investigatória diante da existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens imóveis ou móveis do indiciado ou réu, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

Qualquer que seja o momento, o seqüestro só poderá ser ordenado pelo Juiz, não se admitindo que outra autoridade determine a constrição patrimonial ora sob exame.

O pedido para que se concretize a precautória pode partir do próprio ofendido, do Ministério Público ou da autoridade policial.

O rito a ser adotado para procedimento do seqüestro não é estabelecido pela lei processual penal. Assim, a doutrina tem entendido que se obedecerá, *mutatis mutandis*, ao prescrito na lei processual civil, para o cumprimento da penhora (arts 659 a 670 do C.P.C.).⁵

O seqüestro poderá ser embargado pelo acusado, por terceiro e pelo terceiro de boa fé (arts. 129 e 130 do C.P.P.). Além desses, a mulher do proprietário ou possuidor pode opor embargos de terceiro para ressalvar sua meação (art. 1046 do C.P.C.).

O art. 131 do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses que autorizam o levantamento do seqüestro: a) "Se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que ficar concluída a diligência" (inciso I).

Mas, levantado o seqüestro pelo retardamento da ação penal, após o início desta, inexistem óbices ao pedido de renovação da medida, se necessário.

b) "Se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 91, II, "b", segunda parte, do Código Penal".(inciso II).

Nessa situação, ao terceiro é assegurada a possibilidade de levantar o seqüestro desde que ofereça caução para resguardar interesses da União, do lesado e do terceiro de boa-fé, em relação aos bens adquiridos pelo agente como proveito do crime.

A caução não está prevista no Código de Processo Penal, assim, para sua aplicação deve-se valer das regras previstas no Código de Processo Civil.

Hélio Tornaghi e Magalhães Noronha, porém, defendem a idéia de que a caução deve, por analogia, respeitar o disposto no artigo 330 do Código de Processo Penal.⁶

c) "se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado" (inciso III).

O campo de atuação dessa medida cautelar é restrito à aplicação do art. 91, I e II, "b" do Código Penal. Com a absolvição do réu, ou extinção de sua punibilidade, ela perde seu objetivo, devendo os interessados discutir a matéria no âmbito cível.

Da decisão que autoriza ou não o levantamento do seqüestro cabe apelação, nos moldes do artigo 593, II do Código de Processo Penal. Porém há decisões que admitem mandado de segurança.⁷

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o juiz, independentemente de provocação, ou a requerimento do interessado, deve determinar a avaliação e venda dos bens seqüestrados (art. 133 do C.P.P.).

HIPOTECA

A hipoteca é outra medida assecuratória prevista pelo legislador para resguardar a reparação do dano *ex delicto*, e vem estabelecida no artigo 134 e seguintes do Código de Processo Penal.

No âmbito civil, é um direito real que recai sobre um imóvel de outrem visando garantir o cumprimento da obrigação sem contudo transferi-lo para o patrimônio do credor.

Na esfera processual penal, a hipoteca tem o caráter de garantia reparatória da ilicitude penal como também visa ao pagamento da pena pecuniária e das despesas processuais.

Só pode ser pleiteada após o início de ação penal devidamente instaurada com o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, ao contrário do seqüestro, em face do disposto nos arts. 127 e 134 do Código de Processo Penal.

O artigo 134 ao estabelecer que "a hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria", apresenta duas impropriedades.

A primeira refere-se ao emprego do conceito de indiciado (agente da prática criminosa no âmbito do inquérito policial), sendo que essa medida somente pode ser decretada no transcorrer do processo.

A outra, como o artigo refere-se à hipoteca legal, não há admitir a expressão "requerimento de hipoteca legal", mas requerimento para "registro" e "especialização" sobre os bens em que recai, consoante dispõem os arts. 1492 e 1497 do Código Civil.

A hipoteca subordina-se às condições de certeza da infração e indícios suficientes de autoria.

O pedido de especialização da hipoteca será formulado pelo ofendido (art. 134 do C.P.P.), pela parte (art. 135 do C.P.P.), pelo representante legal da vítima ou seus herdeiros e pelo Ministério Público (art. 1489, III, 1492, parágrafo único e 1497§ 1º do C.C.).

A hipoteca será cancelada se o réu for absolvido ou extinta a punibilidade (art. 141 do C.P.P.).

Da decisão que manda inscrever ou não a hipoteca, cabe recurso de apelação, por parte das pessoas enumeradas nos arts.

577 e 598 do C.P.P., excluído, assim, o terceiro prejudicado com a inscrição.

Atualmente, a especialização de hipoteca legal está regulada no Código de Processo Civil nos arts. 1205 a 1210.

SEQÜESTRO PRÉVIO

O art. 136 do C.P.P. instituiu a figura do seqüestro prévio, cuja natureza é meramente cautelar. Dessa forma, havendo demora para a inscrição da hipoteca legal, o juiz pode, liminarmente, conceder o "seqüestro provisório", que pode atingir qualquer bem imóvel do acusado.

O seqüestro provisório não se confunde com o seqüestro previsto no art. 125, que abrange somente os bens adquiridos com proventos ou proveitos do crime, o qual já analisamos.

O seqüestro provisório será revogado se não for promovido o processo de especialização e inscrição da hipoteca legal, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 136, 2ª parte, do C.P.P.). Não há impedimento para que o seqüestro seja apresentado conjuntamente com o pedido de inscrição ou mesmo após a apresentação deste.

O art. 137 do Código de Processo Penal estabelece por derradeiro a figura do seqüestro de bens móveis. Para a concessão dessa medida é necessário que: a) o acusado não possua bens imóveis suficientes para garantir sua responsabilidade; b) os bens móveis que forem arrestados para completar a garantia sejam sujeitos à penhora, uma vez que os impenhoráveis, nos termos do art. 649, do Código de Processo Civil, não estão sujeitos a essa medida.

Apresenta esse artigo um erro, pois, conforme dispõe o artigo 1489 do Código Civil, só existe hipoteca legal de bem imóvel; os bens móveis são sujeitos à hipoteca convencional, ou judicial. Somente excepcionalmente ou por determinação legal os bens móveis, como aviões e navios ficam sujeitos à hipoteca legal.

Essa medida visa atingir qualquer bem móvel do acusado, adquirido ou não com o produto do crime. Pode ser pleiteada pela parte ou pelo Ministério Público, nas hipóteses previstas no art. 142 do C.P.P.

O seqüestro será levantado se o acusado for absolvido ou tiver extinta sua punibilidade (art. 141).

Acrescente-se que o arresto assim como a penhora retiram os bens móveis do poder do acusado, mas o legislador, visando resguardar a manutenção do réu e sua família, possibilitou que as rendas dos bens móveis (frutos e rendimentos) lhe sejam entregues, evitando-se, dessa forma, que o seqüestro definitivo seja mais desvantajoso que a hipoteca legal (art. 137 § 2o do C.P.P.).

Os bens seqüestrados são entregues a terceiro estranho à lide, que ficará responsável pelo depósito e administração dos objetos, segundo as regras processuais civis (art. 139 do C.P.P.).

Notas:

¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, p. 53.

² CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, p. 19.

³ TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de Processo Penal, vol. 3, p. 17.

⁴ idem, p. 42

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. op. cit., v. 3, p. 32; E. MAGALHÃES NORONHA, Curso de direito processual penal, p. 75; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, v. 2, p. 378.; FABRINI MIRABETE, Júlio. Processo Penal, p. 236.

⁶ TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal, v.1, p. 222; MAGALHÃES NORONHA, E. Curso de direito processual penal, p. 75.

⁷ SOUZA, José Fernando Vidal de. op cit., p. 67

Bibliografia:

CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova, CEDAM, 1936.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro anotado. Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, vol. II.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar, São paulo, Saraiva, 1991.

MIRABETE, Júlio Fabbrini Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo, Editora Atlas, 1994

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 2.a ed., São Paulo, Editora Atlas, 1993

NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 21. ed./ atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo, Saraiva, 1992. 498 p.

TORNAGHI, Hélio de Bastos. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1956, vol. I, Tomo 20.

TORNAGHI, Hélio de Bastos. Curso de processo penal. 6. ed., São Paulo, Saraiva, 1989, vol. 1. 517 p.

TORNAGHI, Hélio de Bastos. Instituições de Processo Penal, São Paulo, Saraiva, vol. 3, 1978.

3.4.2 Crimes dolosos contra a vida praticados contra civil e o inquérito policial militar

Fabiano Ferreira Furlan

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Observa-se que a Lei nº 9.299, de 07 de agosto de 1996, promoveu alterações no Código Penal Militar e no Código de Processo Penal Militar, definindo que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil passaria a ser do Tribunal do Júri.

Colhe-se do seu artigo 1º:

Art. 1º O art. 9º do Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 9º (...)

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

Apesar da modificação, os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil continuam sendo apreciados na Justiça Militar.

Não obstante, a lei em questão, alterando o artigo 82, § 2º, do Código de Processo Penal Militar, também estabeleceu que “nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum” (art. 2º da Lei nº 9.299/96).

Ocorre que a alteração promovida no Código de Processo Penal Militar passou a gerar a formação de interpretações diversas sobre o dispositivo.

De um lado, defendeu-se que a Polícia Civil passaria a ter a titularidade da promoção das investigações desses crimes, uma vez que a competência para o julgamento da ação foi definida como sendo da Justiça Comum.

Por outro lado, também se sustentou que as investigações deveriam permanecer sob a égide da Polícia Militar, pois a redação legal havia determinado a remessa do inquérito policial militar à Justiça Comum, querendo indicar a remessa do inquérito devidamente concluído.

A controvérsia acabou chegando ao Supremo Tribunal Federal, através de uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Delegados de Polícia (ADEPOL) em que se questionou a constitucionalidade do artigo 82, § 2º, alterado pela Lei nº 9.299/96.

Apesar de o mérito da ação principal não ter sido apreciado, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não conheceu da respectiva ação direta por vislumbrar que a ADEPOL não tinha legitimidade ativa para propô-la, infere-se que chegou a ser decidida uma pendência que pairava sobre o pedido de concessão de liminar, resultando na ementa que segue:

EMENTA. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, por militares e policiais militares. CPPM, art. 82, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 9299/96. Investigação penal em sede de IPM. Aparente validade constitucional da norma legal. Votos vencidos. Medida Cautelar indeferida. O pleno do Supremo Tribunal Federal, vencidos os ministros Celso de Mello (Relator), Maurício Corrêa, Imar Galvão e Sepúlveda Pertence, entendeu que a norma inscrita no art. 82, § 2º, Do CPPM, na redação dada pela Lei nº 9299/96, reveste-se de aparente validade constitucional. (STF, ADI 1494 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/06/2001, Tribunal Pleno)

A confirmação da aparente validade constitucional do dispositivo legal em análise indica que a investigação poderia ser realizada pela Polícia Militar.

A dúvida, contudo, persistiu, pois a atribuição da Polícia Civil também não chegou a ser inviabilizada expressamente. Aliás, dos próprios votos de alguns Ministros que indeferiram a liminar (Ministros Néri da Silveira e Sydney Sanches), já se colhe a indicação de que poderia ser efetivada uma investigação paralela sobre os mesmos fatos pelas Polícias Civil e Militar.

Observa-se no voto do Ministro Sydney Sanches:

boa ou má, foi uma opção do legislador, que não considero inconstitucional. Até porque não impede que se instaure, paralelamente, outro inquérito na Polícia Civil”. (Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/lf/frame.asp?classe=ADIMC&processo=1494&origem=lt&od_classe555>. Acesso em 19 de out. de 2005)

Segue, ainda, parte do voto do Ministro Néri da Silveira:

Mas, o que a lei disse é que o inquérito deve ser feito como vinha sendo anteriormente e encaminhado à Justiça Comum, em se tratando de homicídio doloso, sendo este, a meu ver, o conteúdo, a extensão da norma, que não impede repito, uma vez mais que, desde logo possa ser feito até paralelamente, como não impediria que o Ministério Público oferecesse imediata denúncia, instaurando a ação penal, como não impediria que o delegado abrisse o inquérito. (Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/lf/frame.asp?classe=ADIMC&processo=1494&origem=lt&cod_classe555>. Acesso em 19 de out. de 2005)

O predomínio da possibilidade de se efetivarem investigações paralelas, contudo, parece-nos insatisfatório, embora isso não tenha sido afastado em outras hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico brasileiro como ocorre em feitos decorrentes da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito ao mesmo tempo em que são efetivadas investigações em inquéritos instaurados. Vejamos:

Primeiro: representaria um incentivo ao gasto público, viabilizando a instauração de dois procedimentos apuratórios distintos com a mobilização de agentes públicos de órgãos diversos para fazerem a mesma coisa. A consideração do valor da hora trabalhada, mais os gastos com papéis, energia, combustível etc corroboram a assertiva formulada.

Segundo: acirraria a dicotomia, o distanciamento existente entre a Polícia Civil e a Militar ao invés de estimular a atuação conjunta, a união de esforços.

Terceiro: inviabilizaria a realização de uma investigação centralizada na busca de uma apuração eficaz. A possibilidade de mais de uma autoridade dispor sobre a linha de investigação a ser trabalhada vai comprometer, inclusive, a colheita da prova.

Quarto: afetaria a formação da *opinio delicti*. Os membros do Ministério Público que atuam na Justiça Militar e na Justiça Comum podem ter posicionamentos diferentes sobre o destino do caso concreto.

Quinto: geraria a possibilidade concreta de serem proferidas duas decisões distintas para o mesmo caso concreto, em flagrante *bis in idem*.

Para exemplificar, suponhamos que **o mesmo caso concreto** seja investigado em inquéritos diversos. Um na Justiça Comum em que se imagina a prática de tentativa de homicídio e outro na Justiça Militar em que se vislumbra a prática de lesões corporais de natureza grave. Suponhamos ainda que tenha ocorrido o oferecimento da ação penal em ambos e que o processo em tramitação na Justiça Militar acabou sendo julgado primeiro, redundando em absolvição com o trânsito em julgado, sem que se percebesse a existência da litispendência. Daí já se observa a gravidade da situação gerada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, cabendo-nos questionar: o que ocorreria com o feito que tramita na Justiça Comum perante o Tribunal do Júri?

Apesar da suposição, o exemplo retratado é mais fácil de ocorrer do que se imagina, ainda mais com a deficiência do sistema de informações criminais disponibilizado em nosso país (o das certidões criminais, aliás, é regionalizado). Como a Justiça Comum é competente para apreciar o crime doloso contra a vida e a Militar o crime de lesão corporal de natureza grave, dificilmente o erro de tramitação das ações será percebido.

A resposta da questão, de acordo com o nosso entendimento portanto, é o trancamento da ação que tramita na Justiça Comum, por força do trânsito em julgado da decisão proferida na Justiça Militar, ainda mais quando restou evidente o erro estatal. É o que pensa também Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo

Horizonte: Del Rey. 2004, p. 96). As disposições que norteiam a vedação do *bis in idem* e da revisão criminal *pro societate* afastam a extração de conclusão diversa.

A situação, inclusive, é interessante para a defesa que pode esperar um dos processos ser julgado e, em caso de absolvição, arguir a exceção de coisa julgada. Eis o amparo à má-fé.

Por outro lado, para se evitar os problemas apontados, pensamos que a melhor solução seria fixar a atribuição das investigações apenas na seara da Justiça Militar, pois os crimes militares, mesmo quando impróprios, estão afetados por especificidades que norteiam as corporações respectivas, com treinamentos próprios, técnicas de abordagem, técnicas de uso de arma de fogo, hierarquia, disciplina etc.

Os inquéritos policiais militares também são concluídos em menos tempo do que os inerentes à Justiça Comum, sendo devidamente encerrados, na prática, em quarenta dias quando o suspeito está solto ou em vinte dias quando está preso, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Penal Militar.

Ainda que não se concorde com o exposto, caberia concentrar a atribuição da realização das investigações apenas na Justiça Comum ou apenas na Justiça Militar, afastando a realização de incursões paralelas para que se estabeleça uma solução jurídica mais coerente no caso concreto, ainda mais quando está em discussão a competência constitucional de Justiças diversas.

3.4.3 Crimes Ambientais de menor potencial ofensivo – visão prática

Nélio Costa Dutra Jr.

Promotor de Justiça

*Curador do Meio Ambiente da Comarca de Paracatu/MG
Pós-graduando em Curso de Direito, Impacto e Recuperação Ambiental*

1. INTRODUÇÃO:

O presente trabalho visa demonstrar posição particular, relativa à atuação do Promotor de Justiça perante os Juizados Especiais Criminais, em crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a fim de conciliar promoção e recuperação do meio ambiente com a celeridade ideal na responsabilização dos infratores.

2. AUDIÊNCIA PRELIMINAR DO JUIZADO ESPECIAL COMO EFETIVO INSTRUMENTO DE RESPONSABILIZAÇÃO DO INFRATOR:

É cediço que as responsabilidades civil e criminal por danos ambientais estão a cargo do Ministério Público, na atuação como curador do meio ambiente e como *dominus litis* da ação penal respectiva.

Ocorre que, na seara do direito ambiental, existe crença de ser imprescindível à reparação do dano ambiental e à configuração do tipo penal ambiental, a opinião técnica de órgãos ambientais, assentadas em laudos periciais.

No entanto, tal expediente, na maioria das vezes, inviabiliza o desenlace de questões que o legislador considerou como de menor complexidade. A utilização indiscriminada de requisições de laudo periciais pelo Ministério Público contraria os princípios vetores dos Juizados Especiais, notadamente o da celeridade, bem como fomenta a prescrição da pretensão punitiva do Estado, em razão da pena máxima cominada aos delitos em questão.

Outrossim, não se pode olvidar que o momento reservado à audiência preliminar do Juizado Especial serve como elemento de pressão para a pronta solução da responsabilidade civil do infrator,

que é imposta, inclusive, como condição para o oferecimento de transação penal pelo Ministério Público, como ordena o artigo 27, da Lei 9605/98.

Por outro lado, a prática costumeira de alguns Promotores de Justiça, que entendem que todo boletim de ocorrência, lavrado pela Polícia Militar Ambiental, exige instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo, para reparação de danos ambientais, além de sobrecarregar a atividade extrajudicial do Ministério Público, deixa de utilizar oportunidade muito mais adequada à consecução de seus objetivos, tendo em vista que na audiência preliminar há possibilidade de tal solução, utilizando-se da estrutura do Juizado Especial Criminal.

3. OBSERVAÇÕES QUANTO AOS CRIMES DOS ARTIGOS 46 E 50, DA LEI 9.605/98:

Atenção especial merecem os delitos prescritos nos artigos 46 e 50, da Lei 9605/98, devido à maior incidência deles nas regiões Norte e Noroeste do Estado de Minas Gerais. Além disso, há possibilidade de plena aplicação das medidas propostas anteriormente, no sentido de realização da transação penal e composição dos danos ambientais, em sede de audiência preliminar, quanto a tais infrações penais.

No que concerne ao delito de transporte ilegal de carvão vegetal, que se caracteriza, normalmente, pela falta de documentação indispensável ao seu transporte (nota fiscal e guia de controle ambiental), haverá, primeiramente, perda da carga para entidade beneficente, como ordena o artigo 25, § 2º, da Lei 9605/98, com possibilidade de recompra da referida carga pelo próprio infrator. Prudente consignar na ata de audiência que a venda do material vegetal deve respeitar o mínimo de 60%

(sessenta por cento) da avaliação judicial, considerando o valor do frete (quarenta por cento, aproximadamente). Outrossim, deve ser inserida na composição dos danos ambientais (artigo 27, da Lei 9605/98) a obrigatoriedade de o infrator regularizar documentação relativa ao transporte do carvão vegetal, junto ao IEF, procedendo ao pagamento da taxa florestal em dobro, além de taxa de reposição florestal. Ressalta-se a necessidade de se consignar na ata de audiência que o transporte do material dependerá da referida autorização. Por fim, a proposta de transação penal ater-se-á ao caso concreto, em função da dimensão do dano ambiental e das condições econômicas do infrator.

Entretanto, quando a carga apreendida for lenha e o infrator não tiver interesse em utilizá-la, além do perdimento da madeira, ficará o agente obrigado ao seu transporte à entidade beneficente. Além disso, a título de transação penal e composição dos danos ambientais, obrigará-se ao pagamento do valor do bem apurado pela Polícia Ambiental, no momento da autuação. Ressalva-se a exceção trazida na parte final do artigo 27, da Lei 9605/98, da comprovada impossibilidade quanto à composição do dano ambiental.

No que se refere ao crime descrito no artigo 50, da referida

3.4.4 Da aplicabilidade da pena em perspectiva à luz do interesse-utilidade da ação penal condenatória¹



Domingos Ventura de Miranda Júnior

Bem vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça no sentido de não conferir amparo à prescrição pela pena em perspectiva no direito brasileiro². De fato, em nosso ordenamento jurídico, apenas se pode falar em prescrição pela pena em concreto quando houver sentença penal condenatória prolatada e trânsito em julgado da condenação para a acusação, sob pena de violar o art. 110, §§ 1º e 2º, do CP.

Dessa forma, como da prescrição pela pena em perspectiva decorreria a extinção do direito estatal de punir ante o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, não há admitir tal modalidade prescricional no direito pátrio, haja vista a inexistência de sentença condenatória e do trânsito em julgado da decisão para a acusação. Logo, assim como reconhece a citada Corte Superior, a prescrição pela pena em perspectiva transgredir o art. 110, §§ 1º e 2º, do CP.

No entanto, tem a pena em perspectiva aplicabilidade no direito brasileiro, não para configurar a prescrição pela pena em concreto, mas para aferir a utilidade do processo e a efetividade do provimento jurisdicional. É, pois, critério verificador do interesse-utilidade da ação penal condenatória, conferindo operatividade e instrumentalidade ao princípio constitucional da efetividade do processo derivado do princípio-matriz do devido processo legal (CR/88, art. 5º, LIV), porquanto devido é o processo efetivo, do qual advêm resultados úteis aos escopos da jurisdição, realizando concretamente o direito material, sobretudo quando se trata da realização fática do Direito Penal, Direito de coerção indireta, que depende sempre da jurisdição e do processo para a sua efetivação.

Nesse passo, a pena em perspectiva é a pena antevista, hipotética, é a reprimenda que seria aplicada ao autor do delito em eventual sentença condenatória. A análise da pena em perspectiva se dá pelo exame das circunstâncias objetivas do fato e das condições pessoais do agente, chegando, através do método trifásico de dosimetria da pena (CP, arts. 59, 61, 62, 65, 66, 68), ao

lei, primeira figura, relativo ao desmate ilegal em região situada fora de área de preservação permanente, consigna-se a possibilidade de supressão vegetal, a partir de autorização do Instituto Estadual de Florestas. Assim, afigura-se inapropriada imposição ao infrator do replantio da área desmatada, a título de composição dos danos ambientais. Com efeito, razoável que a composição do dano ambiental compreenda a regularização, junto ao IEF, da supressão do material lenhoso, com incidência das taxas devidas.

No que tange à transação penal, adequada sua proposição no montante da avaliação do bem apreendido, valorada pela Polícia Ambiental, ou, ainda, no valor de 1 (um) salário mínimo, como preceitua o artigo 45, §1º, do CP, na hipótese do valor do material lenhoso ser inferior a essa quantia.

4. CONCLUSÃO

Imprescindível uniformização de atuação dos Promotores de Justiça, de forma racionalizada, nos delitos ambientais de menor potencial ofensivo, concentrando a atividade extrajudicial das Curadorias Ambientais em questões de maior complexidade, atingindo, assim, a eficácia exigível na tutela ao meio ambiente.

Domingos Ventura de Miranda Júnior

Estagiário da Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos
Graduando do 10º período da Faculdade de Direito da UFMG

montante de reprimenda que seria aplicada em caso de condenação, verificando, a partir de tal prognóstico, a inevitabilidade da prescrição retroativa.

É pela pena em perspectiva que se consegue vislumbrar se a prescrição retroativa fulminará fatalmente a pretensão punitiva do Estado através da prolação de sentença condenatória e da fixação da pena justa (a qual reduzirá em grande escala o lapso prescricional). Por conseguinte, se inevitável a futura prescrição retroativa, ausente está o interesse de agir, já que inútil o processo e irrealizável a concretização fática do direito de punir do Estado, tendo em vista que o título penal executivo jamais será formado.

Destarte, reconhecida a inevitável aplicação futura da prescrição retroativa, o processo apresenta-se como inviável para a satisfação do poder punitivo do Estado, faltando utilidade à relação jurídica processual em razão da inefetividade do provimento jurisdicional de mérito, tendo em vista a inexistência do interesse-utilidade inerente ao oferecimento da denúncia ou queixa bem como ao desenvolvimento válido da relação processual, tornando o autor carecedor do direito de ação. Por conseguinte, a pena em perspectiva liga-se ao interesse de agir da ação penal condenatória em sua modalidade interesse-utilidade.

Assim, o interesse de agir da ação penal não se restringe à mera necessidade de invocação da via jurisdicional para a aplicação de pena (pois *nulla poena sine iudicio*, art. 5º, LIV, CR/88), mas alcança também a obrigatoriedade de extração de um resultado útil da relação processual e do provimento jurisdicional, conforme ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

Desloca-se para o interesse de agir também a preocupação com a efetividade do processo, de modo a poder-se afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer, sob a perspectiva de sua efetividade, o processo deve se mostrar, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso se fala em interesse-utilidade³.

Portanto, inútil o processo, deve o inquérito policial ser arquivado e, se oferecida denúncia, deve o juiz rejeitá-la, eis que ausente o interesse de agir, condição exigida para o exercício válido do direito de ação (CPP, art. 43, III). Do mesmo modo, se durante o curso do procedimento criminal for verificada a inutilidade da ação, o magistrado deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC, aplicável por força do art. 3º do CPP.

E não se diga que tais argumentos apenas favorecem os delinquentes, garantindo-lhes mais um instrumento de impunidade. Ao contrário, reconhecer a pena em perspectiva como elemento aferidor do interesse de agir traz benefícios para a própria persecução penal, na medida em que desabarrotaria Delegacias de

Polícia, Juízos e Tribunais, assim como Promotorias e Procuradorias de Justiça, possibilitando a concentração de esforços em processos cujo resultado seja útil ante a efetividade do provimento condenatório.

Movimentar o Estado-Administração e o Estado-Juiz com inquéritos policiais e processos natimortos é contraproducente e atentatório aos próprios escopos da jurisdição e da pena, pois trazer ao Judiciário o acusado e testemunhas em busca de uma condenação sabidamente inefetiva, afora de desprestígio, consagra a impunidade e a ineficiência do Estado, o que, além de violar o devido processo legal, fulmina a força repressiva do sistema punitivo e enfraquece o controle social decorrente da realização fática do Direito Penal.

Notas:

¹ Este artigo é uma síntese das idéias desenvolvidas em nossa Monografia intitulada "Da pena em perspectiva e sua aplicabilidade no direito brasileiro à luz do interesse-utilidade da ação penal condenatória" apresentada ao Colegiado de Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e defendida, em 06.10.2005, perante Banca Examinadora composta pelos Professores Doutores Fernando Antônio N. Galvão da Rocha (Orientador), Carlos Augusto Canedo da Silva e José Cirilo de Vargas, sendo-lhe atribuída nota máxima.

² Nesse sentido: HC 42.338/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 22.08.2005 p. 321; REsp 714.260/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 13.06.2005 p. 343; RHC 16.825/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 01.02.2005 p. 583; HC 30.368/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJ 13.12.2004 p. 460; REsp 636.142/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJ 13.12.2004 p. 430; RMS 15.104/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., DJ 28.04.2003 p. 265.

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 3. ed. rev. ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pág. 78.

3.4.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.4.5.1 GAZOTO, Luís Wanderley, **O princípio da não-obrigatoriedade da Ação Penal Pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público**. 1ª ed., Barueri: Manole, 2003.

O Procurador da República, Luís Wanderley Gazoto, faz uma crítica à cega promoção da ação penal pública, com o objetivo de apenas cumprir a letra da lei, mas desvinculada da eficiência que deva ser buscada em toda atividade estatal. Segundo ele, diante da escassez de recursos, o representante do Ministério Público deve administrar as forças do Estado para provocar a sanção das ações criminais praticadas pelos membros da sociedade, na medida de sua gravidade sempre observando as mutações sociais e a repercussão das ações. Em razão do excesso

de trabalho, o Promotor de Justiça deve eleger as ações mais importantes ao interesse público em detrimento das de menor relevância, evitando agir de forma contraproducente. Nesse contexto, o autor sugere que nos pedidos de arquivamento de inquéritos policiais sejam utilizados fundamentos diversos do da falta de indícios criminais, por questões de interesse público, entre eles: inutilidade da futura sentença condenatória, excesso de demanda dos serviços judiciários e impossibilidade de obtenção de prova do delito.

3.4.5.2 CARVALHO, Márcia D. L. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

Dometila Carvalho defende, em sua obra, a ampla busca da efetividade e instrumentalidade do processo penal. Para que o Direito Penal possa refletir os valores do Estado Democrático do Direito, expressos na Constituição Federal, a autora recomenda uma interpretação fluida do direito posto, em contínuo processo de mutação. A autora escora-se na principiologia constitucional para justificar a tão propalada aplicação da relevância penal. Com a adoção dessa nova mentalidade, afastam-se, de plano, os processos estéreis, fins em si mesmos, sem qualquer

funcionalidade. Como titular da ação penal pública incondicionada, o Ministério Público não poderia passar ao largo da crítica da penalista.

É comum o Ministério Público, investindo-se de acusador implacável, usar de todos os recursos para levar avante processos de somenos importância. Tanta energia e tempo são gastos em processos contra débeis acusados, e faltam tempo e pauta para a persecução dos grandes crimes econômicos, dos crimes que agridem, verdadeiramente, os valores constitucionalmente postos (p. 84).

B) Artigos

3.4.5.3 HAMILTON, Sérgio Demoro. **A revelia premiada e o sentido da expressão "prova urgente"**. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: Síntese, nº 29, p. 24-31.

O autor, Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e professor universitário, faz críticas ao artigo 366 do Código Processual Penal, com a redação dada pela Lei 9.271/96, esclarecendo que toda prova deve ser considerada urgente, tendo em conta o risco de seu perecimento, por não saber quanto tempo o processo ficará sem andamento em virtude do não-comparecimento do réu citado por edital. Segundo palavras do próprio professor:

É que aqui, o processo ficará sem andamento por tempo indeterminado, podendo demorar anos até que venha a retornar o seu curso. Dessa maneira, o conceito de 'prova urgente' à luz do art. 366 do CPP merece ser repensado" (p. 27).

Ao final, o autor aponta várias conclusões interessantes no sentido de buscar a justa medida com que a revelia deve ser tratada, externando medidas de como mitigá-la e adequá-la às exigências do processo em termos de efetividade.

3.4.6 Jurisprudências da área

3.4.6.1 TJSC, Câmaras Criminais Reunidas. Associação para o tráfico. Art. 14 da Lei nº 6.368/1976. Natureza de crime equiparado a hediondo

EMENTA: Revisão criminal. Art. 14 da Lei n.º 6.368/76. Pedido de afastamento do caráter hediondo com o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado. O crime de associação para o tráfico é equiparado a hediondo, devendo a pena ser

cumprida em regime integralmente fechado, de acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90. (TJSC, Câmaras Criminais Reunidas, Revisão Criminal nº 2003.029712-0, Rel. Des. Jânio Machado, j. 19.04.2005).

3.4.6.2 TJMG, 1ª Câmara Criminal. Posse de telefone celular é considerada falta grave durante o cumprimento da pena

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. FALTA GRAVE. CIÊNCIA DO REEDUCANDO. PREVISÃO REGULAMENTAR. PENALIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME. INDEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. O cometimento de falta grave por parte do reeducando e que, inclusive, é por ele reconhecida, autoriza a sua punição, nos exatos termos de previsão regulamentar e que, por isso, lhe impede o alcance da pretendida progressão de regime prisional. Recurso a que se nega provimento. (...) Trata-se de recurso de Agravo em execução penal manejado por FAC contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções, Crime, Infância e Juventude e Precatórias da Comarca de Divinópolis que o apenou com trinta dias de isolamento em virtude de falta grave por ele cometida, indeferindo-lhe também pedido de progressão de regime. (...) Com efeito, as cópias constantes do presente agravo noticiam a aplicação de pena de trinta dias de isolamento ao reeducando FAC, em virtude de ter ele cometido falta grave em data de 13/05/2003 e que consistiu no ato de posse de aparelho de telefone celular, devidamente ocultado no interior de aparelho de televisão, conduta esta que lhe era vedada nos termos de Regulamento da Penitenciária Nelson Hungria (f. 256). (...) No que se refere à previsão do ato enquanto falta grave, ela decorre do inciso XII do artigo II da Resolução nº 495/93 (REDIPEN),

como se anotou pelo ilustre Promotor de Justiça oficiante em primeiro grau, fez-se constar nas contra-razões ao presente recurso (f. 327/329) e também se apontou, discriminadamente no parecer ministerial do segundo grau (f. 335/337). Porquanto, não se pode negar a força decorrente do ato de possuir aparelhos de tal natureza, quando detentos, mediante simples telefones celulares detonam rebeliões, comandam ações delitivas aquém das grades dos presídios, tornando assim vulnerável todo o aparato carcerário, o que justifica a qualificação do ato de possuir telefone celular como falta grave e, por isso, punível. Por sua vez, a criação da figura típica e de sua respectiva sanção é admitida nos exatos termos do art. 45 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), ao dispor que "não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar". Nessa esteira, o cometimento de falta grave pelo reeducando autoriza a sua punição, nos exatos termos de norma regularmente prevista, admissível pelo ordenamento jurídico, e assim aplicada. Assim é que finalizo o voto e NEGÓ PROVIMENTO AO AGRAVO. É como voto. Custas na forma da lei. (...) SÚMULA: À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Recurso de Agravo nº 1.0000.03.403231-8/001, Comarca de Divinópolis, Rel. Des. Tibagy Salles, j. 02/03/2004).

3.4.6.3 STF, 2ª Turma. Desnecessidade de se perquirir se há previsão de procedimento para determinado crime, com o objetivo de enquadrá-lo ou não como crime de menor potencial ofensivo, bastando o exame da pena cominada

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CRIME DE IMPRENSA. LEI 10.259/2001. PENA MÁXIMA COMINADA NÃO SUPERIOR A DOIS ANOS. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. 1. Com o advento da Lei nº 10.259/01, não cabe mais perquirir se há previsão de procedimento especial para determinado crime, com o objetivo

de enquadrá-lo, ou não, no conceito de crime de menor potencial ofensivo. Basta o exame da pena cominada, a qual não poderá ser superior a dois anos. 2. Não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. 3. Ordem indeferida (STJ, 2ª Turma, HC 85.694-2/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 07/06/2005, DJ 1º/07/2005, p. 88).

3.4.6.4 STJ, 6ª Turma. Desnecessidade de representação do ofendido em sede de ato infracional

EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. DESNECESSIDADE. O instituto da representação (condição de procedibilidade nas ações penais públicas condicionadas) não se aplica ao

procedimento que apura ato infracional praticado por adolescente. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO (STJ, 6ª Turma, RHC 15.617/GO, Rel. Min. Paulo Medina, j. 24/04/2005, DJ 20/06/2005, p. 379).

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS MINISTÉRIOS PÚBLICOS

4.1.1 O Ministério Público Brasileiro e o Ministério Fiscal e Defensor do Povo Espanhóis : um trabalho de direito comparado primeira parte

Ana Letícia Martins de Souza

*Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Especialista em Direitos Fundamentais pelo Instituto de Direitos Humanos
"Bartolomé de las Casas" da Universidade Carlos III de Madri.*

Apresentamos as idéias gerais constantes de trabalho desenvolvido na pós-graduação (ali denominado Máster) em Direitos Fundamentais, na Universidade Carlos III de Madri, nos anos de 2004 e 2005.

A partir das Constituições dos dois Estados e das Leis Orgânicas das instituições, o objetivo, aqui, é tão somente uma aproximação ao tema, a partir do desenvolvimento histórico, do tratamento legal dado, estrutura, atribuições e prerrogativas.

Nessa primeira parte, abordaremos o Defensor do Povo, para, em próximo texto, tratarmos do Ministério Fiscal. Isto porque abordar todo o tema aqui significaria reduzir, e mesmo simplificar, em demasia o estudo realizado, o que provavelmente comprometeria sua própria compreensão.

Ante a necessidade de concisão, abordaremos o Ministério Público de forma passageira; o necessário para que surja um paralelo entre as instituições, visto que mais conhecido e próximo a nós, não obstante haveremos tratado com mais detalhes no trabalho original.

O Ministério Público tem como atribuições constitucionais a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo regido pelos princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional. Ademais, assegura-se-lhe a autonomia funcional e administrativa¹.

O mesmo não ocorre com as instituições espanholas. O amplo consenso exigido na elaboração desta Constituição, ainda durante o regime franquista em 1978, e a obtenção da maioria absoluta na aprovação das Leis Orgânicas respectivas, levou-as a um tratamento mais genérico e menos pormenorizado.

Assim, o Defensor do Povo não tem seus princípios regedores na Constituição ou em sua Lei Orgânica, havendo apenas um conjunto de regras jurídicas sobre sua constituição, atividade e poderes.

Trata-se do verdadeiro *ombudsman* da sociedade, previsto pela primeira vez naquele país na Constituição de 1978. Designado pelas Cortes parlamentares entre cidadãos espanhóis, bacharel em Direito ou não, é considerado um alto comissário das mesmas, com quem manterá permanente contato. Desempenhará suas funções pessoalmente, auxiliado por Adjuntos (por ele nomeados após aprovação do Legislativo) e assessores (livremente escolhidos). Ambos desempenharão as atividades por ele designadas.

Semelhantemente ao modelo brasileiro, as incompatibilidades vêm arroladas no art.70.1.c da Constituição e no art.7 da Lei Orgânica. O Defensor do Povo e seus Adjuntos, no exercício de suas funções, gozarão de inviolabilidade e não estarão sujeitos a qualquer ordem ou instruções de qualquer autoridade, possuindo autonomia².

Há o entendimento de que também as Comunidades

Autônomas podem criar a figura do Defensor do Povo local ("Comisionados Autonômicos"), igualmente designado pela respectiva Casa Legislativa.

Sua função é a defesa dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sejam estes os que gozam da mais alta proteção constitucional e jurisdicional através do recurso de amparo (direitos fundamentais em sentido estrito), sejam os denominados princípios diretores da política social e econômica (a proteção à família, às crianças, à saúde, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, cultural e artístico, à habitação, à Seguridade Social, consumidores, entre outros).

Seu papel último, portanto, é a defesa dos particulares ante a atuação dos Poderes Públicos e, nesse sentido, em muito se assemelha à função do Ministério Público brasileiro na defesa do cidadão.

Diz-se, no entanto, que o Defensor servirá, em especial, para motivar e incitar a que os órgãos respectivos (da Administração Pública em exercício da autotutela, o Tribunal Constitucional, o Poder Judiciário, o Parlamento e o Ministério Fiscal) completem suas próprias atividades, adotando as medidas legais pertinentes.

Judicialmente, pode interpor recurso de inconstitucionalidade e o recurso de amparo, nos termos da legislação infraconstitucional. Nas vias ordinárias há o *habeas corpus* e a ação de responsabilidade objetivando o ressarcimento do cidadão por condutas irregulares dos agentes públicos.

A utilização desses instrumentos processuais pelo Defensor do Povo está limitada pela natureza dos direitos defendidos, já que nem todos podem ser objeto da tutela judicial diretamente. Assim, quanto aos princípios diretores da política social e econômica, poderá utilizar-se do recurso de inconstitucionalidade como forma de controle da função legislativa. Em casos de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, inexistem instrumentos jurídicos hábeis à obtenção da tutela jurisdicional. Faltam, aqui, instrumentos semelhantes à nossa Ação Civil Pública.

Nestes casos, a função a ser desempenhada será a da persuasão, cuja eficácia dependerá mais do interesse dos Poderes do Estado em solucionar as questões do que da proteção do direito e ao direito propriamente. Torna fundamental o grau de aceitação e relevância que adquire o Defensor ante a sociedade e os Poderes do Estado, ou seja, é necessário que o mesmo goze de *auctoritas*

Lo fundamental es que tiene auctoritas quien posee la capacidad para fundamentar o fortalecer un juicio o una decisión y, de esa motivación, derivará la confianza que la hace efectiva. Pues bien, sólo así será posible que las actuaciones y resoluciones del Comisionado Parlamentario resulten efectivas y, por tanto, respetadas por sus destinatarios. La solidez de sus argumentos legitimará cada Recomendación, Sugerencia o Recordatorio, siendo la Administración en este caso la que deba de forma directa provocar la medida o resultado pretendido³.

Embora a *auctoritas* seja relevante também ao membro do Ministério Público brasileiro para o exercício mais ágil e, portanto, mais eficaz de suas funções, não se trata de uma qualidade

indispensável, em face do grande número de instrumentos jurídicos no ordenamento necessários à satisfação dos direitos junto ao Poder Judiciário.

Notas:

¹ Art. 127, *caput* e parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal de 1988.

² Art. 6º da Lei Orgânica do Defensor do Povo.

³ Cf. CORCHETE MARTÍN, 2001, p.93.

Referências Bibliográficas:

CORCHETE MARTÍN, M. J. *El defensor del Pueblo y la protección de los derechos*. Espanha: Ediciones Universidad Salamanca, 2001.

D. C. ROWAT. *El Ombudsman*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

4.2 PENSANDO O DIREITO

4.2.1 Justiça Restaurativa: a construção de uma nova maneira de se fazer Justiça

Ana Luiza Godoy Isoldi

Assistente Jurídica e mediadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Egberto Penido

Juiz assessor da 4ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e coordenador do Centro de Estudos de Justiça Restaurativa da Escola Paulista da Magistratura

Imagine o furto de um estojo no interior de uma escola pública envolvendo alunos. Imagine que tanto o autor do ato como a vítima se disponham a conversar visando entender o que levou à prática daquele ato e o que é possível fazer para que, não apenas haja algum ressarcimento pelo dano causado, como também que a relação entre eles seja restabelecida. Para isso, pedem que um dos mediadores daquela escola (uma professora, outro aluno, uma inspetora de ensino etc), capacitados em técnicas de mediação, negociação e comunicação, promova um “círculo restaurativo”: um encontro envolvendo tais alunos e eventualmente pessoas ligadas a eles (pais, amigos, professores etc). Imagine que desse encontro saia um acordo o qual é encaminhado ao representante do Ministério Público que, por sua vez, se não constatada nenhuma violação ao princípio da dignidade humana ou alguma ilegalidade, propõe a remissão ao juiz da Vara da Infância e Juventude e, este, após examinar também a legalidade do procedimento, homologue o que foi avençado pelos alunos e pela comunidade que os auxiliou.

De modo muito simples, essa é uma das três experiências da Justiça Restaurativa que há quase um ano vem sendo promovida no Brasil, em Varas da Infância e Juventude e em Juizados Especiais Criminais, com apoio do PNUD Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e da Secretaria da Reforma do Judiciário. No exemplo citado (realmente ocorrido em uma escola pública na cidade de São Caetano do Sul/SP), a resolução de conflito fez-se de modo consensual entre as partes efetivamente afetadas pelo ato danoso original. Dessa forma, tanto o ofensor quanto a vítima e a comunidade participaram na construção do reequilíbrio social, tendo o Estado (no caso, tanto o Ministério Público como o Poder Judiciário) atuado na coordenação e fiscalização desse processo. Em alguns casos, o Estado participará também com ações complementares, por meio de sua rede de assistência social.

A Justiça Restaurativa não é uma nova Justiça, mas uma nova maneira de se fazer justiça, que emerge em face das promessas não cumpridas e das sérias dúvidas quanto à eficácia do Sistema de Justiça Criminal vigente em todo mundo, no que diz respeito, por exemplo: (a) à função dissuasória ou intimidatória da

pena; (b) à perspectiva de ressocialização; (c) à forma de produzir a responsabilização; e (d) à reparação do dano e satisfação da vítima. Um sistema que vem se estruturando sobre um complexo e custoso aparato institucional, cujo resultado final passa longe do que se possa entender por justiça, mas se aproxima da noção de vingança ou retaliação, retroalimentando a violência e a exclusão social.

Na Justiça Restaurativa o foco é nos relacionamentos sociais. Tem como pressuposto que qualquer ato ofensivo esgarça o tecido social e, por conseguinte, para restaurar as relações que compõem esse tecido, é necessário que todos envolvidos e afetados por tal ato, direta e indiretamente por ele (ofensor, vítima e comunidade), participem ativamente desse processo, expressando seus sentimentos e necessidades e assumindo suas responsabilidades. Portanto, busca saber quem foram os prejudicados, quais são as necessidades dessas pessoas e o que é possível fazer para atendê-las. O olhar é para o futuro e esse futuro se faz baseado em uma ética de diálogo e cooperação, tendo como norte a democracia participativa. Diferentemente, já na Justiça Retributiva, o olhar é para o passado, direcionado para a culpa, visando à aplicação da pena, tendo como eixo relacional exclusivamente o Estado e o ofensor.

A justiça restaurativa fomenta o potencial de transformação positiva do agressor e a responsabilização por meio da compreensão das razões, seus atos e as conseqüências. Assim, a imposição da pena deixa de ser vista como compensação do dano. Sabe-se que ao lidar com a violência, se realmente queremos paz, o uso da punição/coação e castigo não é uma estratégia eficaz. Sabe-se que sem autoconhecimento e reflexão só restarão regras externas e a probabilidade de reincidência será alta. Dessa forma, a Justiça Restaurativa passa pela capacidade de o agressor entender o ocorrido, de se conscientizar dos danos e assumir a responsabilidade pela sua conduta. Nesses termos, não é só garantida a reparação do dano sofrido pela vítima, mas também a recomposição do tecido social e conseqüente fortalecimento da comunidade em que ambos estão inseridos.

Esse processo cooperativo é denominado de círculo restaurativo, e vem sendo aplicado em diversos países, sendo que o país pioneiro foi a Nova Zelândia que, inspirada em costumes dos aborígenes Maoris, em 1995, reformulou seu sistema de justiça da infância e juventude, com grande sucesso em termos de prevenção e reincidência de infratores.

As práticas restaurativas evitam a estigmatização do agressor e promovem a responsabilização consciente de seu ato.

Por sua vez, possibilitam que a vítima recupere seu sentimento de poder pessoal, sendo também reintegrada à comunidade de modo fortalecida, por causa de seu papel ativo na discussão. E a comunidade ganha em coesão social, ao dar conta de seu potencial criativo e participativo de restauração social, em apoio tanto ao agressor quanto à vítima. Dessa forma, a Justiça Restaurativa constitui um modo eficaz de dar efetividade à Paz pelo caminho da Justiça, sem fazer uso da violência.

4.3 JUDICIÁRIO EM DEBATE

4.3.1 O fim do nepotismo no Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça e a evolução do Estado de Direito

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Membro da CONAMP e da ABMPE. Autor de obras de Eleitoral, ECA, Processo Penal/Prática Forense. Professor do Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes - IELF/Cursos LFG.

(www.thales.tacito.com.br e www.portalttc.com.br)



Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira

1. Evolução do Estado de Direito e nepotismo

Analisando a trajetória do Estado de Direito no tempo, a Administração Pública se dividiu em 3 fases distintas, sendo apenas as duas últimas originárias do Estado de Direito:

- (a) Administração Pública patrimonialista;
- (b) Administração Pública burocrática;
- (c) Administração Pública gerencial (no Brasil, reforçada com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal).

A Administração Pública *patrimonialista* é originária do tempo em que o Estado era comandado pelo Rei, ou seja, o Brasil era colônia de Portugal. Tinha essa denominação porque a Administração Pública era *patrimônio* do Rei. Assim, as capitâneas hereditárias, as sesmarias, o coronelismo, o Brasil-colônia com a escravidão e o nepotismo (favoritismo de certos governantes aos seus parentes e familiares, também denominado de parentelismo), são exemplos do produto de uma Administração Pública patrimonialista.

Por tratar do nepotismo, cuja origem resulta na excessiva influência que os sobrinhos e outros parentes dos papas exerceram na administração eclesiástica, no Brasil-colônia, a carta de Pêro Vaz de Caminha, conhecida como "certidão de batismo do Brasil" (como é a Declaração da Independência nos EUA), datada de Porto Seguro da Ilha de Vera Cruz, a 1º de maio de 1500, no seu relato final, solicita favores para o genro - Jorge de Osório - ao rei D. Manuel, de Portugal. Portanto, o nepotismo é espólio da **Administração Pública patrimonialista**.

Após a instauração do chamado "**Estado de Direito**", ou seja, no sentido de que o próprio Governante deveria também se submeter à lei, surge um resquício de democracia. Antes disto, o Rei não se submetia à lei.

O resquício de democracia, apenas no sentido de igualdade de todos no cumprimento da lei, torna incompatível o modelo de Administração patrimonialista.

Surge, então, a chamada **Administração Pública burocrática**, ou seja, o Estado usa de métodos técnico-rationais de

se fazer Administração Pública. Vários modelos de burocracia foram cogitados, sendo adotado o modelo clássico de *Max Weber*, inspirado na estrutura do exército prussiano. A burocracia, portanto, surge num momento histórico como reação ao patrimonialismo, já que neste havia corrupção, nepotismo, ausência absoluta de impessoalidade, pois tudo era do Rei, o qual poderia dispor de qualquer patrimônio estatal para quem desejasse. Logo, no Estado de Direito, a Administração Pública burocrática primou pela **impessoalidade** e pelo funcionalismo do pessoal da estrutura administrativa.

Entretanto, como a Administração burocrática surge como reação ao patrimonialismo, adotando o modelo do poder militar (estrutura hierárquica e disciplinadora do exército), ela passa a ser essencialmente controladora, ou seja, toda estrutura é de controle, tudo é procedimento e todos estes são formas de controle. Exs.: concurso público, licitação, até uma simples certidão exige um procedimento, que é na verdade forma de controle da atividade administrativa.

A Administração burocrática funcionou bem no Brasil apenas nos primeiros anos do Estado de Direito. Isso porque o Estado de Direito nasceu numa versão liberal, inspirado no modelo francês da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), tendo, como funções básicas, as garantias das ordens externa e interna, dos direitos individuais, da propriedade e dos contratos.

Acontece que o Estado liberal teve como marco divisor a Revolução Industrial, que pôs em cheque o modelo liberal da estrutura estatal, já que igualdade e fraternidade eram incompatíveis com a Revolução Industrial, diante da ausência da igualdade material, surgindo a frase famosa de que a "liberdade escraviza, somente o Direito liberta".

Diante desse individualismo industrial do Estado, nasce um novo modelo de "Estado do Bem-estar social", que, ao contrário do Estado liberal, é um Estado provedor, tendo como objetivos prover todas as necessidades do cidadão/sociedade, seja na saúde, educação, previdência, lazer etc. Houve, pois, uma mudança de filosofia, já que o Estado liberal, de início, entendia que deveria assegurar a liberdade; num segundo momento passa a controlar a liberdade, para enfatizar o provimento das necessidades públicas. Nesse modelo, o Estado invoca para si o que eram atividades econômicas da iniciativa privada, para constituir serviços públicos.

O Estado social, com esse novo modelo, usou da mesma estrutura burocrática, ou seja, a mesma estrutura controladora, formada por diversos sistemas de controle. Aqui começam a surgir alguns pontos de engessamento da Administração Pública, pois como a gama de necessidades do Estado para servir o social é muito grande, a burocracia não funciona bem, já que a burocracia só se realiza bem com pequenas funções e não uma série delas. Assim, por exemplo, saúde e educação, até o início do Estado liberal, não eram funções estatais, e passaram a integrá-las no Estado social.

Some-se a isso que, em razão das grandes guerras, o Estado passa a prover, também, a iniciativa econômica propriamente dita, já que o setor privado (economia particular) não tem capital para investimento. O Estado promove o desenvolvimento econômico, alargando ainda mais suas funções, surgindo as Siderurgias, as grandes estradas, a exploração do petróleo, as sociedades ou empresas com participação de dinheiro público, como Empresas Públicas e Sociedades de Economia mista etc. O Estado, cada vez mais, se agiganta, a estrutura burocrática passa a ficar disponível também para as atividades econômicas e estas exigem uma agilidade no tempo, já que agem pela produtividade, eficiência e tecnologia. Outro problema, já que a burocracia emperra a celeridade exigida para competitividade. O Estado, pois, gigante nas funções, não dá conta de todas elas, surgindo a idéia de **Administração Pública gerencial**.

A Administração Pública gerencial surge como reação à burocracia e como evolução desta, ou seja:

- a) como reação à burocracia, pois, a partir do momento em que a mesma serve o setor econômico, começa a haver distorções, como a corrupção de funcionários para agilizar o serviço, obras superfaturadas, exploração de prestígios, malversação do dinheiro público, improbidades, o antigo nepotismo (herança da Administração Pública patrimonialista) e distorções das leis pelo Poder Legislativo, legislando em causa própria (casuísimo);
- b) como evolução, porque a burocracia não dava conta do agigantamento do Estado.

A Administração Pública *gerencial* é a tentativa de imprimir na Administração Pública um modelo diferente da iniciativa privada, buscando o que a burocracia tem de melhor, ou seja, a impessoalidade e o funcionalismo, mas corrigindo as suas distorções.

Portanto, o Estado neoliberal é um Estado menor em funções, desligando-se das atividades econômicas, o que justifica as privatizações. Todavia, em que pese a necessidade de algumas privatizações, não pode haver esta forma de desligamento de setores que serão o "ouro do novo milênio": energia elétrica e água, sob pena de o Estado se ver aprisionado com seu próprio feitiço, em extremo prejuízo da sociedade. A revisão do papel do Estado é necessária, já que o mesmo não dá conta de tudo. Mas, essa revisão deve ser vista com extrema cautela, preservando a sociedade.

A Democracia, portanto, deve ser vista num novo modelo de Estado: Estado neoliberal, a saber, o Estado com a Administração Pública *gerencial*, enxugando suas receitas e despesas e provendo as necessidades com a boa gerência. Esse modelo faz o Estado realmente produzir e crescer, sujeitando o ordenador de despesas a ilícitos cíveis, criminais e administrativos, ainda que sujeito a críticas ou à difícil adaptação pelos Estados-membros e Municípios.

A União, Estados e Municípios, se assim não agissem, veriam a Previdência, a Saúde, a Assistência Social, a Educação etc. entrarem em colapso total, pois o colapso parcial já é realidade.

O problema maior da *Administração gerencial* é que apenas

a União se adapta a este modelo neoliberal, pois a estrutura dos Estados-membros e Municípios ainda é social-democrata, principalmente nos Municípios que não têm indústrias, sendo estes grandes empregadores. Portanto, o limite de despesas de pessoal de 50% para a União será facilmente cumprido, mas de 60% para Estados-membros e Municípios será muito difícil, pois estes entes seguem a Administração social-democrata, não se adaptam à Administração gerencial. A mudança de filosofia é uma necessidade. Nos Municípios, 54% das receitas correntes líquidas são o teto para despesas do Executivo com pessoal e 6% o são para a respectiva Câmara, o que se torna um problema social e estrutural para muitas cidades do país.

2. O fim do Nepotismo no Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça

No dia 18 de outubro de 2005, o Conselho Nacional de Justiça, órgão criado para controle externo do Judiciário Brasileiro, com a Reforma do Judiciário (EC 45/04), sacramentou algo que há muito tempo incomodava o Estado Democrático de Direito: o nepotismo.

Como vimos, a herança da administração pública patrimonialista era incompatível com a nova administração pública burocrática e gerencial. No Judiciário, no Ministério Público, no Legislativo e Executivo, tal espólio sempre fez coro aos grilhões do inconformismo e aos princípios da moralidade e impessoalidade, previstos no artigo 37 da Carta Republicana de 1988.

No âmbito federal o nepotismo era vedado no Judiciário desde 1996, sendo previsto também em alguns Estados-membros. A utilização de cargos para favorecimento familiar ou de "dinastia imperial" atende unicamente a interesses pessoais e não ao interesse público, configurando, como muito bem destaca o Ministro Alexandre de Moraes, do Conselho Nacional de Justiça, uma verdadeira "empregabilidade doméstica" no serviço público.

Assim, qualquer possibilidade de nomeação em cargos em comissão, sem concurso público, de parentes de magistrados, foi abolida na Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, órgão incumbido, segundo o jurista Alexandre de Moraes, de *exercendo função constitucional, não somente analisar a legalidade do ato, mas também a legitimidade das condutas do Judiciário e sua conformação com os textos constitucionais e legais, além de sua adequação com a moral administrativa e com o interesse coletivo* (Folha de São Paulo, opinião, A-3, 21/10/2005).

O livre docente Alexandre de Moraes com muita propriedade afasta qualquer hipótese de 'direito adquirido' de cônjuges, companheiros e parentes de magistrados que foram nomeados sem concurso público antes da EC 45/04, sustentando com a lógica salomônica: *Como justificar que o nepotismo fere a Constituição e que, no entanto, aqueles que já estão nomeados, com claro desrespeito à moralidade e à impessoalidade, possam ser favorecidos, permanecendo em seus cargos?*

Por essa razão que o Conselho Nacional de Justiça deu o prazo de 90 dias para que todos servidores em situação de parentelismo sejam exonerados de seus cargos, o que importará em sanções de improbidade administrativa e administrativas (corregedoria e até perda do cargo) no caso de descumprimento.

Portanto, o nepotismo, no JUDICIÁRIO, foi abolido, sendo portanto, vedado o uso deste para nomeação para os cargos em comissão ou designação para funções de confiança de parentes de magistrados, salvo se o parente, cônjuge ou companheiro for servidor ocupante de cargo de provimento efetivo do Judiciário por concurso público.

Porém, a norma poderia ser facilmente burlada, se a resolução não incluisse o "nepotismo cruzado", criação tipicamente brasileira, numa espécie de "imoralidade ou pessoalidade suave", consistente na troca de nomeações de cônjuges/companheiros e parentes de magistrados em gabinetes recíprocos. Por isto, o Conselho Nacional de Justiça também vetou o nepotismo cruzado ou "pessoalidade suave", pois a Justiça pode ser cega, mas tem cérebro.

Esperamos, assim, que o Conselho Nacional do Ministério

Público promova ação idêntica, bem como os Poderes Legislativo e Executivo, já que a Carta Republicana é para todos e não para "todos iguais, mas uns mais iguais do que os outros"...

Veto ao nepotismo! O melhor do Brasil são os brasileiros e o pior do Brasil são os "cabideiros" de empregos públicos...

Toda a sociedade aplaude o Conselho Nacional de Justiça, cuja criação mostrou-se oportuna, já que o veto ao nepotismo demonstra que "projeto na mente é água profunda, mas o homem inteligente sabe alcançá-lo" (Provérbios, 20,5)

4.4 MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE

4.4.1 E as Procuradorias ???

Júlio Cezar Gutierrez Vieira Baptista

*Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Julio@mp.mg.gov.br*



*Júlio Cezar Gutierrez Vieira
Baptista*

Segundo levantamentos preliminares da Superintendência Judiciária, a Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais recebeu no período de janeiro/2004 a julho/2005 mais de 100.000 (cem mil) processos para manifestação dos Procuradores de Justiça.

Estão providos 108 cargos de Procurador de Justiça, sendo certo que alguns destes estão afastados das atividades processuais em razão do exercício de funções na Administração Superior.

Esse ligeiro apanhado acerca dos números que envolvem a atividade do Ministério Público em segunda instância demonstra que há uma grande desproporção entre o número de processos que aportam à Procuradoria-Geral de Justiça e o de Procuradores de Justiça.

É neste ambiente que se materializa uma das mais sensíveis funções do Ministério Público: a interposição dos recursos aos tribunais superiores.

O que tem facilitado enormemente o trabalho de alguns pouquíssimos Procuradores é a existência de uma Assessoria Jurídica disponibilizada pela Administração Superior, que dá suporte à interposição dos recursos extraordinários *lato sensu*.

O trabalho nesse campo é cirúrgico, pois se trabalha com muitos autos, prazos exíguos, matérias às vezes inéditas e falta de habilidade no uso dos meios disponíveis, os quais facilitam a interposição dos recursos (v.g., revista eletrônica de jurisprudência do STJ).

O que a experiência tem demonstrado é que, quando há suporte ao trabalho dos Procuradores, o desempenho operacional melhora. Porém, o suporte não consiste em prover as Procuradorias de Assessores para, simplesmente, compartilharem o problema.

As assessorias devem existir, a exemplo dos Centros de Apoio Operacional, para dar suporte, e não para fazer o trabalho dos órgãos de execução. Mas, ainda não houve a preocupação de se criar um CAO-Procuradorias. As poucas tentativas havidas nesse sentido restaram em transformar os Técnicos em Direito em destinatários de processos para manifestação, sob a orientação de um Procurador. Por fim, os Técnicos agora é que precisam de suporte.

Não bastam assessores, não bastam computadores. O que

tem de ser repensado é a forma de atuação. E não é se desincumbindo de determinadas atribuições que encontraremos a solução. As atribuições são a razão da nossa existência. E se hoje somos o que somos, devemos agradecer ao bom desempenho dessas atribuições por aqueles Promotores pioneiros, no júri, nas curadorias hoje Promotorias Especializadas, e nas sempre presentes Promotorias Criminais. Não podemos atuar apenas na área que está na moda, que dá notícia. Quanto mais presente o Ministério Público estiver, mais prestigiado será.

O que tem havido efetivamente é falta de disponibilização de meios para a atuação dos Procuradores de Justiça. Não se procura saber quais as necessidades de informação das Procuradorias Cíveis, Criminais e Especializadas e quais as dificuldades existentes para a sua atuação.

É preciso que as Procuradorias também sejam objeto de estudo, inclusive com correições, para se avaliar se está havendo uma discrepância ou distorção. É preciso que seja analisada a forma de distribuição dos Técnicos, os critérios de distribuição dos processos e até mesmo o número de Procuradores por Procuradorias. Sem informações básicas não há avaliar, e muito menos criticar.

O que falta, portanto, é conhecer para, depois, formar a opinião. Palpites diversos são dados sem que se conheça a realidade da segunda instância. Propostas são feitas sem que se conheça o funcionamento da máquina. É preciso uma mirada franca para a atuação do Ministério Público em segunda instância para que se possa manter a mesma dignidade existente em primeiro grau de atuação.

Não podemos nos dar ao luxo de nos acomodar no silêncio e frescor de nossos gabinetes e ficar divagando sobre teorias alienígenas, enquanto os processos se amontoam nas prateleiras dos Cartórios, por força de um mal necessário conhecido como represamento. Afinal, parado o processo estará onde ele estiver, ainda que previamente distribuído.

Por falar nisso, acabam de aportar em meu gabinete os processos para ciência de acórdão. E como não temos, na área criminal, o privilégio do prazo em dobro e eventuais embargos de declaração devem ser interpostos imediatamente, aqui me despeço daqueles que podem se dar ao luxo de ler estas linhas, mesmo chegando agora à conclusão de que perderam seu tempo.

4.5 LÍNGUA E LINGUAGEM

4.5.1 Ação civil pública e a língua portuguesa

Cláudio Márcio Bernardes

Bacharel em Letras. Pós-graduado em Lingüística
Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Público
e-mail: claudiombernard@uol.com.br



Cláudio Márcio Bernardes

Alguns debates instigantes só agora devem vir à tona em função do curto espaço de tempo em que foi criada a coluna. Nem por isso deve-se fugir às recorrentes discussões em torno da língua e das linguagens.

Na comemoração dos 15 anos da Ação Civil Pública, BARBOSA MOREIRA (2002: p. 344)¹ defende o uso da ação coletiva para evitar a proliferação de estrangeirismos por entidades administrativas ou vinculadas à Administração. O autor

cita, para elucidar a sua argumentação, as expressões: *federal card* e *Personal Banking*, utilizadas pela Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, respectivamente, e manifesta justificada indignação.

O jurista lança mão do discurso de autoridade da Constituição de 88 em que se inscreve a Língua Portuguesa como idioma oficial da República Federativa do Brasil. Arroga ainda *as formas de expressão*, das quais a mais importante não pode deixar de ser a linguagem falada e escrita²

Não há dúvida de que o direito constitucional à informação – e que ela deve vir no idioma pátrio – abona a utilização de ação civil pública, afinal de contas o mínimo que se pode esperar de uma nação é que ela preserve seus valores culturais, numa maior dimensão a língua falada pelos seus nacionais. Interferir no modo de propagação dos textos com o fim de resguardar os mandamentos constitucionais é extremamente salutar. Basta imaginar um consumidor que compra determinado produto em loja brasileira e que não o utiliza a contento porque o manual de instruções está escrito em língua diferente da que domina. É uma afronta à dignidade do cidadão. Da mesma forma, mesmo em cidades turísticas brasileiras, deparar-se com placas cujo significante não pertence à língua nacional ao invés de nortear, cria total embaraço ao direito de ir e vir. Só que é conveniente acrescentar, somente para ampliar a discussão, além do viés jurídico, o aspecto lingüístico que pode ser envolvido nesse processo.

Os empréstimos lingüísticos são alguns dos elementos que evidenciam a variação da língua: no tempo, espaço, grupo social, étnico, entre vários outros. Não há prescindir, portanto, da mutabilidade lexical. Lembre-se de que a principal contribuição dos estrangeirismos reside na expansão do léxico (no vocabulário).

E o império do momento acaba por influenciá-lo de maneira significativa ou não. Os árabes dominaram a Península Ibérica por sete séculos e nos legaram vocábulos como azeite, alfaiate, alfazema, alfarrábio, arroz. Coube à nossa engenhosidade justapor ou aglutinar o artigo *al* aos nomes. Nada de grandes alterações sintáticas. Mesmo o português de Portugal, às custas de uma colonização bárbara, não seria alienígena em relação ao nosso falar?

A maior resistência atual são os empréstimos lingüísticos advindos da língua inglesa. Mas houve, numa *belle époque*, quem por aqui usava *pincenez* e adorava falar sobre as coisas de Paris. A estrutura morfossintática está relativamente resguardada ou protegida, adjetivo mais apropriado neste contexto, pela norma-padrão. Não se pode imaginar que, pela influência ianque, criemos partículas auxiliares que antecedam ao sujeito para formar frases interrogativas. Seria algo do tipo: *Está você chegando agora?* A dinâmica do empréstimo lingüístico dá-se principalmente, repita-se, no léxico. Algumas expressões estrangeiras solidificaram-se e passaram a incorporar o nosso vocabulário, às vezes com as devidas adaptações, o que pode ser visto, por exemplo, nas palavras *xampu*, *pôster* ou em *clipe* (aquela pecinha de metal que as pessoas insistem em chamar de *clipes* no singular: “pegue o clipe aí pra mim”), o que não ocorreu com *show*, *shopping* nem *diesel*, que ainda conservam a forma inglesa.

A invocação de ação civil pública no combate aos abusos causados principalmente pelo americanismo tão em moda ultimamente é uma forma pedagógica de, mesmo que pareça paradoxal, garantir o acesso aos meios de comunicação eficiente por todas as pessoas. Em prol desse entendimento, talvez não fosse absurdo provocar o poder público a enviar esforços para combater o analfabetismo. Nada mais constrangedor do que não saber escrever o próprio nome nem poder ler, por exemplo, uma poesia ou a tarefa de casa do filho pequeno. Seria também uma forma de fazer valer a efetiva aplicação do idioma português e da conseqüente valorização da nossa cultura.

Quanto à inclusão ou não dos empréstimos, há mecanismos próprios, mais eficientes, e que devem congregam todos os modos de variação lingüística. Fala-se do *Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa*, publicado pela Academia Brasileira de Letras, das pesquisas dos filólogos e da vasta experiência popular dada pelos usos e costumes. É o que irá determinar, no caso particular, o nome mais apropriado para página eletrônica, se *sítio* (o vocábulo preferido do governo federal e dos nossos patrícos portugueses), ou *site*, forma largamente empregada no Brasil.

Notas:

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação civil pública e a língua portuguesa. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública*: Lei 7.347/1985 – 15 anos, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

² *Idem* (p.346).

4.5.2 A taquigrafia e a linguagem oral e escrita

Alessandra de Souza Santos

Técnica Taquígrafa do Ministério Público

Bacharela em Biologia Ênfase Microbiologia

Pós-graduada em Produção de Textos em Português

Tradutora



Alessandra de Souza Santos

A Taquigrafia é uma técnica profissional que consiste em registrar, sob forma escrita, o pensamento emitido oralmente, no exato momento e com a velocidade dessa emissão. O método emprega sinais que representam palavras ou mesmo frases inteiras e exige constante prática para o perfeito domínio da técnica. O taquígrafo é o profissional que utiliza a técnica de Taquigrafia para registrar a linguagem oral na forma escrita a mão, através de símbolos fonéticos. O

estenógrafo faz o registro através de um teclado manual e digita códigos que representam fonemas. No Brasil, apesar de o Código de Processo Civil (CPC), em seus arts. 170 e 279 mencionarem tanto a Taquigrafia como a Estenotipia, a primeira forma de registro é a mais utilizada e difundida, tendo sido introduzida no país por volta de 1882, por José Bonifácio de Andrada e Silva. Por séculos, a Taquigrafia foi a única forma de registro de reuniões colegiadas e assembléias e demanda grande esforço de concentração e treino constantes, pois o taquígrafo não é simplesmente um 'papagaio' que reproduz a linguagem oral. O registro é a primeira fase do trabalho do taquígrafo. Após proceder ao registro taquígráfico, o taquígrafo faz a tradução do texto, o que normalmente demanda que o profissional seja capaz de adequar o texto falado às normas padrões da linguagem culta escrita, de acordo com o objetivo final do texto.

No processo de adequação do texto, o taquígrafo tem que levar em consideração as características individuais da linguagem oral e da linguagem escrita. Para a Linguística, fala e escrita são duas práticas sociais distintas, não havendo primazia ou supremacia de uma sobre a outra. As suas diferenças não devem ser entendidas do ponto de vista estritamente dicotômico, pois nos usos cotidianos da língua, há práticas sociais mediadas, preferencialmente, pela fala e outras pela escrita. É importante ressaltar que ambas vão do nível mais informal ao mais formal, passando por gradações intermediárias de formalidade, que constituem um contínuo. Segundo Marcuschi (2001, p. 37), “as diferenças entre fala e escrita se dão dentro do *continuum* tipológico das práticas sociais de produção textual e não na relação dicotômica de dois pólos opostos.”

A fala tem por característica o contexto explícito, pois, normalmente, envolve a presença concomitante dos interlocutores, a expressão corporal e expressão facial. Devido a esses fatores, muitos detalhes são omitidos na fala, uma vez que o contexto presencial torna a sua enunciação desnecessária. A coesão e a coerência na linguagem oral dão-se também por recursos paralingüísticos (gestos, expressão facial e corporal) e supra-segmentais (tom de voz, entonação, pausas). Além desses, repetições, hesitações e reformulações são fatores constantes na fala e são denominados marcadores conversacionais. Segundo Marcuschi (apud URBANO, 2000, p. 282):

Esses elementos, típicos da fala, são de grande frequência, recorrência, convencionalidade, idiomaticidade e significação discurso-interacional. Mas não integram propriamente o conteúdo cognitivo do texto. São, na realidade, elementos que

ajudam a construir e a dar coesão e coerência ao texto falado, especialmente dentro do enfoque conversacional. Nesse sentido, funcionam como articuladores não só das unidades cognitivo-informativas do texto, como também dos seus interlocutores, revelando e marcando, de uma forma ou de outra, as condições de produção do texto, naquilo que ela, a produção, representa de interacional e pragmático. Em outras palavras, são elementos que amarram o texto não só enquanto estrutura verbal-cognitiva, mas também enquanto estrutura de interação interpessoal.

Muitas vezes esses elementos são sintaticamente independentes, podendo aparecer em várias posições na frase. Além disso, não podem ser simplesmente descartados pois são modalizadores e sinalizam intenções dos interlocutores. Além dessas características, há o planejamento temático, que envolve a escolha de tópico para que a conversa se desenvolva. Entretanto, a maior parte do planejamento dá-se durante a conversação, e, como essa interação é simultânea, caracterizando-se pela alternância de turnos entre os interlocutores, há a presença constante desses marcadores conversacionais, já mencionados acima - repetições, hesitações, interrupções e correções - que expõem as reformulações executadas pelos interlocutores. Há sinais produzidos pelos falantes que servem para sustentar o turno, preencher pausas, dar tempo à organização do pensamento etc. Há também sinais produzidos pelo ouvinte durante o turno do interlocutor (e geralmente em sobreposição ao discurso do falante), que servem para orientar o falante e monitorá-lo quanto à recepção. É interessante ressaltar que mesmo o falante culto produz essas hesitações, repetições, pausas etc. A fala culta não é isenta das características da oralidade.

Segundo Santos (2004, p. 14), as marcas da oralidade são descritas mais detalhadamente a seguir:

A) Digressão: a digressão é a substituição de um domínio tópico-discursivo, ou seja, o assunto, por outro domínio diferente, suspendendo momentaneamente aquele domínio inicial e dando destaque e enfoque ao novo domínio, isto é, há uma mudança brusca no tópico do assunto.

B) Hesitações: segundo Marcuschi (1999, p. 27), as hesitações geralmente servem como momentos de organização e planejamento do turno, dando tempo ao falante de se preparar. São muitas as formas de se manifestarem, mas geralmente são reduplicações de artigos, de conjunções, ou mesmo de sons não lexicalizados, como “ah ah ah” ou “ah:: eh::” e outros.

C) Redundâncias: são repetições que podem ocorrer por exemplo, em decorrência de esquecimento do que iria ser falado a seguir, com o objetivo de dar-se tempo ao falante para o planejamento do turno.

D) Parênteses: é a substituição de um domínio tópico-discursivo, ou seja, o assunto principal, por um assunto secundário, mas relacionado ao principal, com o objetivo de explicar o assunto principal mais detalhadamente.

E) Paráfrase: é a reformulação de uma frase ou palavra pelo interlocutor, com o objetivo de reiniciar a sentença de forma mais adequada.

F) Marcadores Modalizadores: esses marcadores conversacionais denotam a intenção do interlocutor. Há marcadores que testam a atenção do ouvinte (Certo? Sabe? Não é?), marcadores que atenuam a atitude do falante (eu acho, eu tenho a impressão), marcadores de apoio ao ouvinte (ahn ahn), sinais de tomada de turno (Olhe. Certo, mas...), sinais de saída do turno (O que você acha?), marcadores de discordância (mhm, ahã), sinais de distanciamento (uso da 3ª pessoa) etc.

G) Sequência Pergunta-Resposta: segundo Marcuschi (1999, p. 37), uma das seqüências conversacionais mais comuns é aquela representada pelo par pergunta-resposta (P-R). A pergunta pode ser na forma interrogativa direta, muito comum, ou na indireta.

H) Edição: segundo Marcuschi (1999, p. 29) reparos sintáticos, lexicais, fonéticos, semânticos ou pragmáticos são denominados mecanismos de correção e funcionam como processo de edição ou auto-edição conversacional, contribuindo para organizar a conversação localmente.

Quanto à escrita, Marcuschi (2001) assevera que não pode ser tida como representação da fala, pois ela é utilizada em situações distintas, convencionadas socialmente. Além disso, a escrita não consegue reproduzir características da oralidade, tais como as características prosódicas (tom de voz, entonação) ou gestuais. A escrita possui uma maneira própria de suprir esses aspectos, grosso modo, através de pontuação e metalingüisticamente, com expressões que verbalizam um dado contexto. A coesão na escrita é estabelecida através de estruturas lexicais e de estruturas sintáticas que utilizam conectivos

explícitos. Além disso, a escrita não é uma representação fonêmica nem fonética. Quanto à edição e planejamento, é certo que o processo da escrita também passa por diversas fases. O escritor pode rever, selecionar e editar suas escolhas tanto no nível temático quanto no lingüístico-discursivo. O escritor tem tempo para eliminar as marcas de repetições e redundâncias, apresentando somente o produto final de suas escolhas. Em relação ao discurso, a escrita produz o efeito de ser realizada individualmente pelo escritor, entretanto a Teoria da Enunciação postula que textos escritos resultam de uma relação dialógica, não concomitante, entre escritor, texto e leitor, isto é, o sentido não está no texto em si, nem no escritor ou no leitor. O sentido é ativamente construído pela interação dos três elementos.

A Taquigrafia, portanto, é um processo de escrita rápida que envolve o registro e, posteriormente, complexos procedimentos de adequação do texto ou retextualização, que é a passagem de um texto de um gênero para outro ou a passagem da modalidade oral para a modalidade escrita, fazendo-se alterações para atualizar a linguagem de forma a adequar o texto a essa nova realidade socialmente estabelecida. Essas alterações implicam mudanças sensíveis, como, por exemplo, o uso de metalinguagem na linguagem escrita para substituir hesitações e paráfrases da linguagem oral. Essas operações envolvem a idealização, isto é, operações que envolvem a eliminação e regularização de fenômenos de descontinuidade sintática na formulação textual, tais como hesitações, correções, marcadores conversacionais, repetições e truncamentos. Segundo Santos (2004, p. 41), “[...] é necessário que o taquígrafo seja um conhecedor de diferentes gêneros textuais para proceder a retextualizações bem feitas. É primordial que o profissional conheça as características do funcionamento da fala e da escrita, bem como seus usos sociais

Referências Bibliográficas

MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Oralidade e Escrita*. Conferência de Abertura no II Encontro Franco-Brasileiro de Ensino de Língua, Natal, 1995.

_____. *Análise da Conversação*. São Paulo, 5ª edição, Ed. Ática, 1999.

_____. *Da Fala Para a Escrita: Atividades de Retextualização*. São Paulo, Ed. Cortez, 2001.

SANTOS, Alessandra de Souza. *Novas tendências da taquigrafia: o uso de taquígrafos na Procuradoria-Geral de Justiça*. Monografia (Especialização) - UNI-BH, Belo Horizonte, 2004.

4.6 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.6.1 Avaliação pericial do erro médico

O erro médico, assim como os questionamentos sobre resultados de tratamentos e condutas dos profissionais da medicina têm ganhado cada vez mais destaque nos meios jurídicos e na imprensa, fato que nos motiva a fazer uma análise da caracterização do erro médico do ponto de vista técnico-pericial, na tentativa de esclarecer alguns mitos e controvérsias que cercam o assunto.

O médico passou de um *status* social de semideus e inquestionável, para uma condição de prestador de serviços, cobrado por condutas e resultados, em decorrência do próprio desgaste das relações humanas de uma maneira geral e do maior acesso da população aos meios de informação e até à justiça.

Cabe ressaltar que o ato médico não é uma mera prestação de serviços, em que o profissional responde pela reparação de danos e maus resultados, temos que considerar que juridicamente a medicina tem uma obrigação de meios, isto é, o médico não pode

garantir nem se obrigar com os resultados do tratamento proposto, mas sim tem o dever de se empenhar com a melhor técnica cientificamente disponível para conduzir o caso clínico de acordo com as condições locais e individuais do paciente. Até mesmo a Cirurgia Plástica, que alguns dizem ter obrigação de resultados, não pode ser encarada literalmente dessa forma, já que se sujeita a intercorrências biológicas e pessoais que independem da conduta do cirurgião plástico.

Na caracterização do erro médico, dispensa-se a necessidade de ocorrência de dolo ou vontade do profissional, bastando-se caracterizar o evento culposos, através das modalidades de imperícia, imprudência ou negligência.

Todo médico graduado em escola ou faculdade de medicina reconhecida pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) e com diploma devidamente registrado nos Conselhos Regionais de

Gerson Coelho Cavalcante Júnior

Especialista em Medicina do Trabalho. Médico Legista da Polícia Civil de Minas Gerais. Médico Perito Judicial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Comarca de Belo Horizonte

Medicina (CRM) está legalmente apto a exercer qualquer ato médico, de acordo com definição do próprio conselho profissional, que é a autarquia federal que, de acordo com a lei, regulamenta o exercício da medicina. Não faz sentido se falar em imperícia em caso de profissional devidamente registrado no CRM, sendo que as residências médicas ou especializações não são obrigatórias para a prática da medicina. Seria como, por exemplo, alegar-se imperícia em um caso de um advogado que não fosse pós-graduado ou especializado em direito penal e estivesse atuando em uma causa criminal.

A apuração da Negligência compete exclusivamente ao julgador, valendo-se principalmente das provas testemunhais nos autos e das convicções pessoais dos juizes, não fazendo parte de conteúdo de apreciação médico pericial.

Assim como a apreciação da Imprudência também compete exclusivamente ao julgador, porém neste caso o juízo pode se valer de prova técnico-pericial, sendo que os eventos avaliados pela perícia médica são: a inobservância de regra técnica, a omissão de cautelas e o fato escusável.

A inobservância de regra técnica ocorre quando médico faz aquilo que não é descrito, ou mesmo é contra-indicado pela

4.6.2 O Polêmico Ato Médico



Murilo Rodrigues do Carmo

Em fevereiro de 2002 foi criado, pelo ex-senador Geraldo Althoff, o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 25/2002, a lei do Ato Médico. Em 2004, o senador Tião Viana apresentou o PLS n. 25 (substitutivo), de 2002¹, este sim o projeto de lei que, hoje, está em tramitação na Comissão de Assuntos

Sociais (CAS) do Senado Federal para regulamentar a Medicina.

A lei do Ato Médico define apenas que o diagnóstico médico e a prescrição terapêutica das doenças são atos privativos dos médicos, respeitado o livre exercício das profissões de saúde nos termos de suas legislações específicas. E que as funções de coordenação, chefia, direção técnica, perícia, auditoria, supervisão e ensino vinculadas, de forma imediata e direta, a procedimentos médicos são também privativas de médicos. Nada além do óbvio, uma vez que as legislações que regulamentam as demais profissões de saúde estabelecem o mesmo de forma análoga. Dizer que os médicos estão querendo invadir a área de atuação dos outros profissionais da saúde é uma perfídia propagada por gente mal informada ou de má-fé.

Vê-se muito por aí: se a lei do Ato Médico é boa para saúde por que tanta gente é contra? Muitas são as respostas para tal questionamento². Um dos motivos é a redação do PLS original, que por ter sido mal feita deixava brechas a interpretações maliciosas. Juntando-se a isso a demora do CFM de vir a público explicar a situação e os outros conselhos espalhando alevisias aos quatros ventos, criou-se tanta discussão contra o PLS que vai custar muito até virar-se o jogo. Como se não bastasse, tem também a má vontade de muitas pessoas que nem ao menos leram o PLS e o desaprovam simplesmente porque o conselho é contra ou porque “ouviu falar” que não vai ser bom para sua respectiva profissão, deixando-se manipular, sem nenhum pensamento crítico próprio a respeito. Um motivo que não pode ser desconsiderado é o quanto a enfermagem vai deixar de ganhar com a aprovação do PLS. Basta acessar os sites do Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) ou do Conselho Regional de Enfermagem - RJ (COREN-RJ), e ver

literatura médica, como, por exemplo, prescrever um antibiótico que possa causar má formação para o feto em uma paciente sabidamente grávida.

A omissão de cautelas caracteriza-se quando o médico deixa de indicar ou tomar os cuidados necessários para que não ocorra uma evolução desfavorável do quadro clínico, como, por exemplo, não prescrever profilaxia antitetânica ou antibióticos em uma ferida profunda e contaminada.

Fato escusável acontece quando o médico age de forma diligente, tecnicamente correta e cautelosa e ocorre um evento desfavorável, independente de sua conduta e relacionado a reações biológicas ou mesmo a limitações da própria ciência, que o profissional não pode intervir.

Em uma análise dos processos de erro médico, observamos que a grande maioria decorre de uma falha na relação médico-paciente, que não tem nada relacionado à conduta técnica do profissional ou mesmo dos resultados do tratamento. O paciente muitas vezes processa o médico como forma de vingança por um suposto dextrato ou descaso ou, em alguns casos, como forma de obter vantagens econômicas e financeiras.

Murilo Rodrigues do Carmo

Universitário do 9º período de Medicina da
Universidade Federal do Triângulo Mineiro

que estampam com orgulho suas “conquistas” na Justiça, como o direito de prescrever medicamentos, requerer exames complementares e fazer diagnósticos de doenças, entre outros disparates. Outro, é que, com a facilidade de acesso à informação que temos hoje, qualquer asneira pode, com uns poucos cliques, ser enviada a milhares de pessoas em pouquíssimo tempo. E como diz aquele ditado, uma mentira repetida muitas vezes vira “verdade”. E não podemos esquecer a antipatia que a classe médica conseguiu adquirir ao longo dos anos, devido à “superioridade” atribuída a ela por maus profissionais, leigos e acadêmicos medíocres que ignoram ou simplesmente desprezam a importância dos outros profissionais de saúde no trabalho multidisciplinar. Mesmo com tudo isso, até agora não se viu argumentos sólidos que embasassem as atividades contrárias ao Ato Médico.

Existe também um medo injustificável de que para se consultar com um psicólogo, um fonoaudiólogo, um nutricionista, ou qualquer outro da área de saúde, o paciente deverá primeiramente passar por um médico. Tal bobagem tem sido propalada sem fundamento algum. Em nenhum de seus artigos o PLS cita algo parecido com isso. Define apenas que o diagnóstico médico é privativo de médico, não toca nos diagnósticos nutricionais, cinésio-funcionais, odontológicos etc. Outra tolice comum de se escutar é a de que o médico irá definir quais tratamentos outros profissionais deverão usar com seus pacientes. Onde na lei do Ato Médico está escrito isso? As demais profissões da área de saúde possuem leis que as regulamentam e a Lei do Ato Médico não tem o poder de mudar o que está estabelecido nas leis já vigentes.

Outro ponto que tem causado dúvida é o artigo 3º, que trata das funções de coordenação e chefia citadas no início deste texto. Tem-se afirmado equivocadamente que só médicos poderão chefiar os serviços de saúde. Novamente a pergunta: onde no PLS está escrito algo assim? A lei do Ato Médico explicita de forma clara que as funções citadas no *caput* do artigo para as quais a lei não exija formação médica, poderão ser exercidas livremente pelos profissionais das demais áreas da saúde, respeitada a habilitação profissional em cada caso.

Conclui-se que são ainda bastante obscuros os interesses que norteiam a campanha contra o Ato Médico propagada pelos conselhos das demais profissões de saúde. Mas o mais importante é

que cada um tome sua posição, a favor ou contra, baseados em suas próprias conclusões, com um pensamento crítico e racional, sem se deixar levar pela emoção ou por falácias infundadas.

Notas:

¹ Veja o PL na íntegra em:

www.senado.gov.br/web/senador/tiaovian/atuacao/2002/2002emendapls25-substitutivo.htm

² O conteúdo desse parágrafo foi baseado em um texto de Rodrigo Eboli, médico-residente em Cirurgia Geral em Niterói - RJ, que pode ser visto em:

www.orkut.com/CommMsgs.aspx?cmm=429378&tid=8046457&pno=1. É preciso ser cadastrado no Orkut para se acessar o endereço acima. O texto foi utilizado com autorização do autor.

4.6.3 A origem multifatorial da aterosclerose e a perspectiva de derrogação do determinismo através do controle dos fatores de risco ambientais

Eneyde Gontijo Fernandes M. Rocha

*Especialista em Cardiologia pela Sociedade Brasileira de Cardiologia
Especialista em Ecocardiografia pela Sociedade Brasileira de Cardiologia
Especialista em Terapia Intensiva pela Sociedade Brasileira de Terapia Intensiva
Diretora da Clínica UNICORDIS - Diagnósticos Cardiológicos
Bacharel em Direito pela PUC - BH
Pós-graduanda em Processo Civil - CAD*

Em 1950, o estudo de Framingham concluiu que tabagismo, colesterol aumentado e hipertensão arterial associam-se à doença das artérias coronárias. Introduziu-se, então, o conceito de fator de risco.

Hoje, reconhece-se que a doença aterosclerótica é multifatorial, multigênica complexa, concorrendo para sua incidência vários gens, além da interação de cerca de vinte fatores ambientais conhecidos. Entretanto, encontra-se estabelecido que sua progressão não é inexorável: contra o determinismo vigente por ocasião dos primeiros estudos, contrapuseram-se inúmeras evidências geográficas, culturais, temporais, demonstrando a importância do controle dos fatores de risco ambientais modificáveis.

Quanto à resposta às intervenções preventivas, os fatores de risco são classificáveis em quatro classes. A classe IV corresponde a fatores de risco refratários às medidas preventivas diretas: o sexo masculino, a idade avançada, a história familiar de doença coronariana precoce e uma forma de dislipidemia familiar. Porém, mesmo esses fatores, a princípio inexoráveis, podem ter seu impacto reduzido mediante o controle dos fatores de risco controláveis, integrantes das classes I, II e III.

O controle dos fatores da classe I, comprovadamente, reduz o risco de doença aterosclerótica, enquanto as intervenções sobre os fatores da classe II - potencialmente - reduzem o referido risco. Na classe III, encontram-se os fatores de risco que, se associados a outros e modificados, podem reduzir as consequências dos demais.

Na classe I, há de se destacar, inicialmente, a fração LDL do colesterol, o tabagismo e o aumento de fibrinogênio, envolvidos na gênese e nas complicações da placa aterosclerótica por mecanismos inter-relacionados.

Assim, a formação da placa aterosclerótica depende, precipuamente, da lesão do revestimento interno da artéria (endotélio) e dos desvios metabólicos relativos aos lípidos, em especial a concentração elevada de LDL: setenta e cinco por cento do colesterol do sangue é transportado pelas lipoproteínas de baixa densidade (LDL), as quais, na razão direta de sua concentração no sangue, são captadas pela camada interna das artérias (endotélio), onde são oxidadas e iniciam a formação da placa aterosclerótica. Oportuno mencionar, aqui, o papel antiaterogênico das lipoproteínas de alta densidade (HDL), cuja redução constitui um fator de risco da classe II, uma vez que possuem papel antiaterogênico, sendo responsáveis pela remoção da LDL oxidada da parede do vaso e seu transporte para o fígado, onde são metabolizadas e eliminadas.

Quanto ao tabagismo constitui um dos principais fatores de risco para aterosclerose e a principal causa evitável de doença coronariana. Sua ação aterogênica deve-se às elevadas quantidades de dois potentes oxidantes, o oxigênio e o carbono, contidos no tabaco, os quais favorecem a oxidação da LDL. Em adição, o tabagismo altera o mecanismo de coagulação, propiciando a formação de coágulos e a trombose das artérias. O abandono do tabagismo representa a intervenção preventiva mais importante para a redução dos níveis de fibrinogênio no sangue, cujo excesso é considerado um mecanismo comum pelo qual vários fatores de risco conduzem à doença arterial aterosclerótica.

Outra evidência de grande significado para a ação preventiva é a constatação de que fatores de risco das classes I e II compartilham um mecanismo de ação comum, a Síndrome Metabólica de Resistência à Insulina, o que possibilita que a correção do desvio metabólico desarme o gatilho para a formação da placa aterosclerótica e suas complicações: obesidade e dislipidemia trazem implícitos os riscos inerentes ao Diabetes e à Hipertensão Arterial, porque a obesidade aumenta a resistência à insulina, com resultante hiperglicemia e hiperinsulinemia, do que resulta vasoconstrição periférica e Hipertensão Arterial, conforme pode-se depreender a seguir.

CLASSE I	COLESTEROL LDL - DIETAS HIPERLIPÊMICAS HIPERTENSÃO ARTERIAL HIPERTROFIA VENTRICULAR TABAGISMO FIBRINOGÊNIO AUMENTADO
CLASSE II	SEDENTARISMO OBESIDADE DIABETES COLESTEROL HDL - TRIGLICÉRIDES PÓS-MENOPAUSA
CLASSE III	FATORES PSICOSSOCIAIS LIPOPROTEÍNA A HOMOCISTEÍNA ESTRESSE OXIDATIVO - ALCOOL
CLASSE IV	SEXO MASCULINO IDADE AVANÇADA FATORES GENÉTICOS

A obesidade constitui importante fator de risco para a doença arterial aterosclerótica. Em especial, o acúmulo de gordura na cavidade abdominal resulta em elevado aporte de ácidos graxos livres e glicerol ao fígado, com aumento da produção de glicose pelo órgão, diminuição da eliminação da insulina e aumento da resistência das células do músculos esqueléticos à ação dela. Como setenta e cinco por cento da glicose do sangue é utilizada pelos músculos esqueléticos, na dependência da ação da insulina, se houver resistência à ação desta a glicose não é utilizada, com resultante aumento de sua concentração no sangue. Esse aumento da glicose estimula o pâncreas a produzir insulina, cujo excesso - no sangue - estimula a produção de norepinefrina, do que resulta uma hiperatividade adrenérgica, responsável por constrição das artérias periféricas, importante na gênese da hipertensão arterial.

Os fatores de risco emergente, que integram a classe III, assumem importância em casos selecionados, quando - na ausência dos fatores de risco das classes I, II e IV- há história familiar de doença coronariana precoce, ocorrência de doença coronariana em adultos jovens ou doença arterial periférica ou trombose.

Ante as evidências de que quanto mais fatores de risco forem eliminados mais se aproxima da prevenção ampla da doença aterosclerótica, é mister que o paciente, como usuário crítico e responsável dos serviços de saúde, inteire-se do mecanismo de atuação dos fatores de risco, para que exerça, de modo dialógico, sua autonomia, tanto na decisão de prevenir-se quanto na aderência ao programa de prevenção proposto.

4.6.4 Recomendação de leitura em outras áreas do conhecimento

4.6.4.1 PARANHOS, Paulo. *Apontamentos sobre a formação do Poder Judiciário no Brasil.* In Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores de História e Genealogia. São Paulo: ASBRAP, n. 8, 2001, pp. 59-84.

O mestre em história Paulo Paranhos faz um interessante levantamento sobre a evolução do Poder Judiciário no Brasil desde os primeiros tempos de nossa colonização até a primeira metade do século XIX.

Nessa época o Judiciário não era um poder, mas sim um mero ramo da administração pública, sem autonomia e sem independência.

No Brasil-Colônia ainda não havia um ordenamento sistematizado da justiça. As Câmaras Municipais, primeira forma de governo localizado, tinham sob sua responsabilidade assuntos de ordem local, de natureza administrativa, policial e judiciária.

O primeiro Tribunal do Brasil, a Relação da Bahia, sediado em Salvador, iniciou seus trabalhos a 7/03/1609, sendo que os desembargadores, nomeados pelo rei, vieram de Portugal.

A Relação de Cidade do Rio de Janeiro, criada em 1751, mas que passou a funcionar no ano seguinte, visava estabelecer um centro de poder na parte sul do território brasileiro, considerando-se principalmente os diversos embates na região do Rio Grande de

São Pedro (atual Rio Grande do Sul) e da corrida ao ouro e aos diamantes da região das Minas Gerais.

Com a chegada de D. João VI ao Brasil, no ano de 1808, o aparato judicial sofreu profundas transformações. A Relação de Cidade do Rio de Janeiro passou a constituir a Casa da Suplicação do Brasil, composta na ocasião de um Chanceler e um Regedor, que servia como seu presidente, desembargadores de Agravo, dois corregedores, um juiz dos feitos da fazenda, um juiz de chancelaria, um ouvidor civil, seis desembargadores extravagantes e um promotor de justiça. No ano de 1833 o território brasileiro era dividido em 33 comarcas.

O autor também esclarece o significado de antigos cargos judiciários no Brasil, entre eles: o de juiz de vintena, juiz de fora, juiz ordinário, maniposteiro, juiz de órfãos, juiz do povo, juiz da sesmaria e juiz dos ingleses.

Sendo, portanto, indispensável a leitura do texto para aqueles que querem compreender o desenvolvimento histórico do Poder Judiciário brasileiro.

4.6.4.2 LAMA, Dalai. Uma ética para o novo milênio: Sua Santidade o Dalai Lama. Trad. Maria Luiza Newlands. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

Este livro não trata de religião, como seria normal de se esperar de um livro escrito por um Dalai Lama, líder espiritual dos budistas, e tampouco trata do budismo. Ele fala da ética.

Entretanto, ele fala de ética através de uma abordagem mais calcada em princípios universais do que religiosos. E, dessa forma, é proposta uma revolução nos termos apresentados pelo autor:

Uma revolução se faz necessária, mas não uma revolução

política, ou econômica, ou mesmo tecnológica. O que proponho é uma revolução espiritual. Ao pregar uma revolução espiritual, estaria eu afinal defendendo uma solução religiosa para nossos problemas? Não. Cheguei à conclusão de que não importa muito se uma pessoa tem ou não uma crença religiosa. Muito mais importante é que seja uma boa pessoa (p. 28).

Eis um livro que muito auxiliará aos que buscam por essa revolução do Ser.

4.7 TÉCNICA PROCESSUAL

4.7.1 Arguição *incidenter tantum* de inconstitucionalidade em processos subjetivos: o controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos

Renato Franco de Almeida

Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça. Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte. Especialista em Direito Público. Mestrado em Direito e Instituições Políticas. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor de Pós-Graduação lato sensu. renatofranco@mp.mg.gov.br

Poderíamos elencar diversos fatores pelos quais o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos avultou de importância na atualidade. No entanto, parece-nos que apenas dois serão o bastante: a) a torrencial produção legislativa; b) a ideologia neoliberal oculta nessa legislação.

De efeito, cabendo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica (art. 127 CR/88), nada mais razoável que se levante, incidentalmente, a questão da constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo que será utilizado como fundamentação legal da causa *petendi* ou que surja como base da contestação.

Daí pensarmos ser de bom alvitre o Promotor ou Procurador de Justiça, por ocasião da propositura da ação civil pública, da emissão do parecer ou da interposição do recurso, realizar uma pré-análise da legislação já utilizada ou a ser utilizada na demanda sob o aspecto constitucional.

Isso possui sua razão de ser no fato já mencionado da excessiva produção legislativa, que, não raras vezes, encerra um conteúdo que malfere o conjunto principiológico plasmado no texto constitucional. Com efeito, não é invulgar depararmos-nos com leis e atos normativos dos Poderes Políticos que traduzem o conjunto de idéias do grupo político que habita temporariamente o poder, em flagrante divergência com as cláusulas constitucionais regentes da matéria legislada.

Ademais, a dúvida constitucional levantada incidentalmente em uma demanda subjetiva encerra uma questão de ordem pública que concerne diretamente com a incolumidade e a estabilidade do ordenamento jurídico, não podendo o Juiz ou o

Tribunal se manter silente ao argumento de que o Juiz não precisa se manifestar sobre todas as questões agitadas pelas partes. Assim, em face da inércia do julgador, pensamos ser necessária a interposição de embargos declaratórios.

Por fim, impende ainda refletir sobre o estado vacilante de alguns tribunais sobre a possibilidade de agitar questões constitucionais em sede de processo coletivo. Estamos que a viabilidade de tal questionamento é incontestável, na linha argumentativa de Oswaldo Luiz Palu¹ e do próprio Supremo Tribunal Federal na Reclamação n.º 1.733-SP, sendo Relator o Ministro Celso de Mello, que já pacificou a matéria.

Não obstante, cabe a seguinte lição doutrinária:

Na ação civil pública e em qualquer ação em que a inconstitucionalidade ocorra no sistema incidental-difuso, vem ela sempre proposta como questão prejudicial a ser decidida na motivação da sentença, não sendo o seu pedido mediato ou imediato (a utilidade efetivamente requerida); o objeto da ação civil pública e das ações coletivas é o constante de direito previsto na Constituição ou nas leis, tendo por eventual causa de pedir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (*causa petendi*); na ação direta de inconstitucionalidade esta é o próprio pedido, sendo objeto do processo expurgar do ordenamento jurídico a lei inconstitucional, no controle abstrato.

Infere-se, dessarte, que se torna de suma importância haver distinção entre o pedido principal posto na demanda coletiva e o pedido incidental referente à questão constitucional, para que não se interprete a ação civil pública ou coletiva como substitua da ação direta de inconstitucionalidade.

Nota:

¹ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 356p. p. 273-83.

4.7.2 Arquivamento indireto

Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça – Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Nossa legislação penal adjetiva não trata, de forma expressa, sobre qual procedimento deve ser adotado ao depararmos com a peculiar situação na qual, ao receber um inquérito policial, o magistrado dá-se por competente para decidir a questão e o promotor de justiça entende não ter atribuições para falar nos autos e pede a remessa do expediente para outro juízo.

Note-se que, em tal situação, não há conflito de atribuições a ser dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça, pois o órgão do Ministério Público que atua junto ao outro juízo não se manifestou (art. 10, inc. X, da Lei Federal n.º 8.625/93).

Cuida-se, na verdade, do chamado *arquivamento indireto*,

em relação ao qual nossa doutrina, baseando-se em jurisprudência, vem entendendo que é possível a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal¹.

Nessa hipótese, o problema estará sanado apenas se o Procurador-Geral de Justiça *concordar com o magistrado* e, com isso, venha a oferecer denúncia ou designar outro membro do Ministério Público para fazê-lo.

Entretanto, no caso de o Procurador-Geral de Justiça discordar do juiz, não poderá solucionar o conflito no qual o promotor de justiça nega sua atribuição e o magistrado afirma sua competência.

Para essa situação, HUGO NIGRO MAZZILLI aponta que a melhor solução é o juiz encaminhar os autos ao juízo indicado pelo Procurador-Geral de Justiça e aí, se for o caso, qualquer interessado poderá suscitar o conflito de competência, quando, “então, receberá a solução processual adequada. Dessa forma, poderão os autos, oportunamente, voltar de forma definitiva para o juízo *a quo*, como este queria desde o início”².

Dentro desse contexto, pode-se aventar a possibilidade de o juiz recusar-se a remeter os autos para o juízo indicado pelo Procurador-Geral de Justiça. Nessa hipótese, não podemos considerar que houve arquivamento, ainda que indireto, visto que o Ministério Público manifestou-se, de forma expressa, que pretende dar início ao processo judicial, mas perante outro juízo, que seria o competente.

Diante desse impasse, cremos que, em tese, o próprio representante do Ministério Público que atua perante o juízo considerado incompetente pode impetrar *habeas corpus* em favor do autor do fato, tendo em vista o entendimento de que é possível a utilização desse remédio constitucional quando a ilegalidade

consistir em falta de competência *ratione loci*, *ratione materiae* ou *ratione muneris*³.

Contudo, a ordem do *habeas corpus* poderia ser denegada, sob o fundamento de que aquele juízo é mesmo o competente. Nesse caso, se o Ministério Público insistir na recusa em oferecer denúncia, estaria caracterizado o arquivamento indireto.

Por isso, a nosso ver, o melhor modo de resolver a questão, no caso de recusa do magistrado em remeter os autos ao juízo indicado pelo Procurador-Geral de Justiça, não é por meio de *habeas corpus*. Mais prático seria o membro do Ministério Público que atua perante o juízo que foi considerado incompetente pelo Procurador-Geral de Justiça extrair cópia integral dos autos e remeter, por ofício, ao promotor de justiça com atribuições (ou seja, que atua junto ao juízo tido como competente), informando no inquérito original que tomou tal providência. No novo juízo é que qualquer interessado poderá, se for o caso, suscitar o conflito de competência e, assim, chegarmos a uma solução processual adequada.

Notas:

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 71-72.

² *Regime Jurídico do Ministério Público*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 661-662

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 845.

4.8 MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO

4.8.1 Ministério Público, policiamento comunitário e os conselhos de segurança preventiva



Lélío Braga Calhau

É notório que o Ministério Público passou por uma grande transformação com as conquistas institucionais da Constituição Federal de 1988. Também as polícias vêm passando por mudanças significativas e essas consequências acabam por refletir na atuação do Ministério Público, porquanto a prova processual penal é iniciada, em grande número de situações, pela atuação da polícia ostensiva, em nosso estado, atribuição da Polícia Militar.

A Polícia Militar vem passando por uma revolução silenciosa nas últimas décadas. O tema tem passado longe da observação de nossa Instituição, sendo que, pela proximidade das ações e dos objetivos, entendo que o Ministério Público não deve se furtar de discutir e avaliar também essa quebra e rompimento de paradigmas do trabalho de policiamento ostensivo.

A adoção do modelo de policiamento comunitário vem sendo implantada pela cúpula da PM mineira. Isso não tem sido uma tarefa fácil, porquanto a divisão estrutural entre praças e oficiais, e ainda mais após o episódio conhecido como “revolta dos praças” de 1997, acabou gerando um natural abismo entre esses dois níveis hierárquicos. A Polícia mineira, bem como as demais milícias estaduais, buscam sua nova identidade após esse evento. A adoção de qualquer modelo policial não depende somente de uma decisão da cúpula, mas da compreensão e do engajamento do policial de rua, no seu dia-a-dia.

A segurança urbana depende da efetividade do trabalho

Lélío Braga Calhau
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha).
Mestre em Direito do Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (RJ).
Professor de Direito Penal da Universidade Vale do Rio Doce.

policial. O modelo de policiamento comunitário surge da adoção de novas ações por parte da polícia norte-americana e refletiram numa melhoria considerável da efetividade e no rendimento da estrutura policial. Ele busca a construção de um relacionamento cooperativo entre a polícia e a sociedade, com o intuito de buscar uma solução preventiva para os problemas locais. O policiamento comunitário, apesar da franca inspiração norte-americana, é hoje um fenômeno e uma tendência internacional.

Os conselhos de segurança preventiva (Conseps) instalados em diversas cidades de Minas Gerais refletem essa nova tendência. É um meio de fazer a sociedade e a polícia sentarem ao redor de uma mesa e discutir de forma franca os seus conflitos.

Todavia estão ocorrendo diversas distorções com o argumento da defesa de implantação desse modelo. São poucos os conselhos que possuem uma representatividade real da sociedade local. No mais, eles somente arrecadam verbas e as dividem com as polícias de forma quase que automática. Muitas vezes, as multas oriundas do Juizado Especial Criminal são sua maior fonte de arrecadação. Com o dinheiro pagam combustível e consertam viaturas, compram rádios etc. São bastante úteis, mas não foram criados apenas para isso.

O conselho, então, vive somente uma face arrecadatória, quando, em tese, deveria ser principalmente um palco de diálogo efetivo entre a sociedade local e as polícias. Às vezes, os conselhos só legitimam a atuação das polícias, pois os conselheiros, no geral, são pessoas ligadas às polícias e procuram não se desgastar com essa função. Não é esse o espírito do modelo.

Nesse contexto, entendo que o Ministério Público não deve se furtar de acompanhar essa realidade criminológica e, em sendo possível, participar ativamente, propondo mudanças, acompanhando de perto o destino da aplicação das multas oriundas do Juizado Especial Criminal, expedindo recomendações para que

os reais objetivos dos conselhos de segurança e do modelo de policiamento comunitário não sejam desvirtuados pela burocracia ou por interesses estranhos aos da população. É uma forma de materializarmos também o controle externo das atividades policiais.

4.9 LEIS E PROJETOS E LEIS

4.9.1 Decreto Estadual (MG) nº 44.138, de 26 de outubro de 2005: Regulamenta a Lei nº 15.434, de 05 de janeiro de 2005, que dispõe sobre o ensino religioso na rede pública estadual de ensino.

4.9.2 Lei Estadual (MG) nº 15.778, de 26 de outubro de 2005: Torna obrigatório equipar com aparelho desfibrilador cardíaco os locais, veículos e estabelecimentos que menciona.

4.9.3 Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005: Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências.

4.9.4 Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005: Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências.

4.9.5 Lei nº 11.258, de 30 de dezembro de 2005: Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, para acrescentar o serviço de atendimento a pessoas que vivem em situação de rua.

4.9.6 Lei nº 11.259, de 30 de dezembro de 2005: Acrescenta dispositivo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para determinar investigação imediata em caso de desaparecimento de criança ou adolescente.

4.9.7 Lei nº 11.265, de 03 de janeiro de 2006: Regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância e também a de produtos de puericultura correlatos

4.10 CRIMES HEDIONDOS EM DEBATE

4.10.1 Crime hediondo admite penas substitutivas?

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, consultor e parecerista, fundador e presidente da LFG Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Condo Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais (www.lfg.com.br))



Luiz Flávio Gomes

É possível aplicar penas substitutivas nos crimes hediondos? Finalmente o Pleno do STF está enfrentando essa (tormentosa) questão. No HC 84.928-MG, rel. Min. Cezar Peluso (j. 27.09.2005), a resposta da Primeira Turma da Colenda Corte já foi em sentido positivo. A doutrina achava-se dividida, preponderando esse mesmo entendimento. No meu livro *Penas e medidas alternativas* (São Paulo: RT) expendi uma série de argumentos

favoráveis à tese.

Enfocada a polêmica sob a perspectiva do Direito penal, não resta dúvida (segundo nosso juízo) que cabe, em princípio, pena substitutiva em alguns crimes hediondos (mais precisamente, nos não violentos, cuja pena não exceda a quatro anos). Pensar o contrário seria transformar o Direito penal em puro poder punitivo.

O HC foi deferido pelo STF, contra acórdão do STJ que, aplicando o princípio da especialidade, mantivera decisão que determinara o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. O juiz de primeira instância, com fundamento no art. 44 do CP, substituiu a prisão por duas penas restritivas de direitos. O Tribunal de Justiça reformou essa decisão, cassando a substituição. Acórdão do STJ mantivera a orientação do TJ. A proibição de progressão de regime em crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990) foi o fundamento invocado pelas decisões do TJ e do STJ.

Os fundamentos acolhidos pelo voto do Min. Cezar Peluso para restabelecer a decisão de primeiro grau foram os seguintes:

(a) embora a Lei 8.072/1990 determine o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, nada dispôs acerca da suspensão condicional ou da substituição da prisão. A legalidade, no âmbito das medidas restritivas da liberdade, é rigorosamente estrita. Em Direito penal, contra o réu, quando a lei diz “A”, não se pode estender esse “A” para “B” ou “C”. Medidas restritivas do *ius libertatis* não podem ser inferidas de texto legal (leia-se: devem ser expressas). Não existe analogia contra o réu nesse campo do ordenamento jurídico.

(b) a constitucionalidade do impedimento de progressão de regime encontra-se em discussão pelo Plenário do STF (HC 82.959-SP). Por quatro votos a dois, por ora, está o STF admitindo a inconstitucionalidade desse impedimento. Há uma forte tendência de o STF julgar inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990.

(c) a Lei 9.714/1998, posterior à Lei 8.072/1990, ao ampliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não abrigou princípio ou norma que obstasse a sua aplicação aos chamados “crimes hediondos”, senão apenas àqueles cujo cometimento envolva violência ou grave ameaça à pessoa.

Essa restrição objetiva é muito precisa. Não abarca violência contra “coisas” nem muito menos crimes não violentos.

(d) no crime de tráfico ilícito de entorpecentes não há, em regra, o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

(e) a exigência do regime fechado instituída pela Lei 8.072/1990 refere-se à execução de pena privativa de liberdade imposta e, sendo esta substituída por pena restritiva de direitos, não haveria pertinência em cogitar-se do teórico regime fechado de execução como obstáculo à substituição já operada.

A todos esses argumentos ainda poderíamos agregar mais dois: (a) nem tudo que o legislador brasileiro catalogou como hediondo é efetivamente hediondo. Um beijo lascivo, por exemplo, literalmente, é crime hediondo pelo ordenamento vigente. Isso, entretanto, fere o bom senso e a razoabilidade. Cabe ao juiz, em cada caso concreto, afastar a etiqueta de hediondo, quando o fato não apresenta essa característica; (b) por força do princípio da suficiência das penas alternativas, quando essas são suficientes para a reprovação e prevenção do crime, não há porque manter-se a pena de prisão, que é medida de extrema *ratio*.

O STJ vem negando a substituição da prisão por penas restritivas sob o argumento do princípio da especialidade. Esse princípio tem aplicação quando estamos diante de uma lei especial. A lei é especial quando contém todos os requisitos da geral e mais alguns, chamados especializantes. O Código penal cuidou do instituto da substituição da prisão. Fez suas restrições. Essa é a lei geral sobre o assunto. A lei dos crimes hediondos absolutamente nada dispõe sobre esse assunto. Logo, não existe relação de especialidade entre o Código penal e a Lei dos Crimes hediondos.

Conclusão: o princípio da especialidade está sendo invocado pelo STJ de modo incorreto, como expressão do puro poder punitivo, não como evidenciação do Direito penal. Considere-se, ademais, que a relação da especialidade só pode ser feita *in abstracto* (ou seja, comparando-se a letra de cada lei). Quando inexistente qualquer correspondência entre a letra da lei geral e a da lei especial, não há que se falar em relação de especialidade, que não pode ser inferida de textos semelhantes, sim, deve ser absolutamente expressa. A proibição de progressão de regime não tem nada a ver com substituição da pena de prisão. Aliás, esta antecede àquela. Institutos distintos não podem ser invocados para se estabelecer uma relação de especialidade. Não há especialidade nesse caso.

O equívoco do argumento do STJ é patente, s.m.j.. Daí sua irrelevância para resolver a questão posta neste artigo. Preferível a posição da Primeira Turma do STF, que mais uma vez está raciocinando cientificamente. Se o Direito penal é uma ciência, não se pode deixar de observar seu método, seu objeto, seus princípios e suas regras. Vejamos como vai se posicionar (em breve) o Pleno do STF (está em pauta o HC 85.894-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes). Aguardemos.

4.11 REPUBLICAÇÃO E ERRATA

4.11.1 Republicação de artigo doutrinário devido à parcial supressão no conteúdo divulgado

Na 2ª edição do *MPMG Jurídico*, foi divulgado artigo no item 3.1.9 faltando três parágrafos do texto. Assim, gostaríamos de pedir desculpas sinceras ao autor pelo lamentável incidente e republicar, na íntegra, o excelente artigo divulgado.

3.1.9 A polêmica proporcionada pela alteração do art. 84 do CPP, levada a efeito pela Lei 10.628/2002

Elias Paulo Cordeiro

Procurador de Justiça

Coordenador Jurídico da Procuradoria de Justiça

de Combate aos Crimes Praticados por Agentes Políticos Municipais



Elias Paulo Cordeiro

A Constituição Federal estabelece, no art. 102, inciso I, alínea “b”, que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

Dispõe, outrossim, no art. 125, que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição, enfatizando, no parágrafo primeiro, que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Em consonância com os preceitos constitucionais acima informados, a Constituição do Estado de Minas Gerais prevê que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas, o Secretário de Estado, ressalvado o disposto no § 2º do artigo 93, os Juízes dos Tribunais de Alçada e de Justiça Militar, os Juízes de Direito, os membros do Ministério Público, o Comandante-Geral da Polícia Militar e os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e nos de responsabilidade (art. 106, I, “b”).

Coerente com tal orientação, o art. 84 do Código de Processo Penal dispunha que a competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns ou de responsabilidade

É possível abstrair duas premissas básicas dos preceitos constitucionais em foco: a Constituição Federal de 1988 dispôs, de forma clara, que o foro por prerrogativa de função é atributo do cargo do Presidente da República e demais autoridades ali especificadas. Além do mais, a competência dos tribunais deverá ser definida nas constituições estaduais.

[...] Desde logo, observa-se que a competência por prerrogativa de função é estabelecida, não em razão da pessoa, mas em virtude do cargo ou da função que ela exerce, razão pela qual não fere qualquer princípio constitucional, como o da igualdade (art. 5º., caput) ou o que proíbe os juízos ou tribunais de exceção (art. 5º., XXXVII). Aqui, ninguém é julgado em razão do que é, mas tendo em vista a função que executa na sociedade...¹

Em 03 de abril de 1964, o Egrégio Supremo Tribunal Federal aprovava a Súmula n.º 394, que assim dispunha: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele

exercício”.

Como bem se percebe, referida Súmula estendeu o foro privilegiado para os agentes que cometeram crimes durante o exercício funcional, ainda que o inquérito ou ação penal viessem a ser instaurados posteriormente à cessação do mandato ou perda do cargo. A justificativa oficial para a adoção de tal medida era a de que havia necessidade de proteger o cargo, a função ou o mandato, dada a sua relevância no cenário político institucional.

O argumento não procede. Integra uma tradição cultural brasileira, que faz cair por terra o preceito constitucional, segundo o qual, “Todos são iguais perante a lei”, estampado no art. 5º, caput, da atual Carta Magna e que também integrava o texto da Constituição então em vigor, de 1946 (art. 141, § 1º). Percebe-se que, especialmente na época em que a súmula foi editada, havia um certo constrangimento em processar criminalmente e aplicar sanções penais a determinadas pessoas, mormente aquelas detentoras de alguns cargos ou funções de relevo.

Havia o entendimento de que tais pessoas não deveriam responder criminalmente por seus atos perante o juízo singular comum, dada a relevância de suas funções. A partir da perda do cargo ou função, a manutenção da competência por prerrogativa de foro, a toda evidência, passou a ser verdadeiramente um benefício pessoal, em desobediência ao princípio da igualdade.

Não podemos perder de vista que na ocasião da edição da referida Súmula o País vivia em plena turbulência política e institucional, com a recente implantação do regime de exceção a partir de 31 de março.

Um exemplo histórico de lei casuística foi a edição, ainda no período ditatorial, da chamada “Lei Fleury” (Lei 5.941/73), que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, objetivando beneficiar o Delegado de Polícia Sérgio Fernando Paranhos Fleury, que estabeleceu que “Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso” (art. 1º, § 2º). Não por coincidência, a benesse servia como luvas para o então processado.

[...] esses fundamentos que tentam justificar a aplicação da Súmula 394 são insofismavelmente frágeis. A pretensa superioridade no quesito imparcialidade, atribuída aos tribunais em detrimento dos juízes comuns, nem sempre se demonstra no caso concreto. Ora, os magistrados singulares ingressam na carreira por concurso público de provas e títulos enquanto que nos tribunais superiores, principalmente no Supremo Tribunal Federal, seus membros são nomeados pelos próprios administradores e sabatinados pelos políticos cuja impunidade eles podem assegurar. Com certeza, se a influência no julgamento desse tipo de causa efetivamente ocorrer, um ministro está mais sujeito a senti-la do que o juiz comum...²

Com o passar dos anos, percebeu-se que a manutenção daquele posicionamento proporcionava uma verdadeira impunidade aos infratores, uma vez que, concentrando a tramitação de todas as ações penais nos tribunais superiores, envolvendo agentes e ex-agentes políticos, muitas vezes os réus eram beneficiados com a ocorrência da prescrição.

No caso específico do Estado de Minas Gerais, integrado por 853 municípios, a questão era bem visível. Imagine-se a concentração de ações penais envolvendo prefeitos e ex-prefeitos municipais que exerceram mandatos em duas gestões anteriores, em apenas três Câmaras Criminais.

Em 25 de agosto de 1999, o próprio Supremo Tribunal Federal cancelou a referida súmula, voltando a vigorar o texto primitivo do art. 84, do Código de Processo Penal, acima transcrito.

Depois de vigorar por mais de trinta e cinco anos, a Súmula 394/STF teve seu cancelamento decidido em sessão plenária do Excelso Pretório do último dia 25 de agosto, no julgamento (iniciado em 30 de abril de 1997) de Questão de Ordem suscitada no Inquérito 687-SP, em que figurava como indiciado ex-deputado federal (...)

...Nessa decisão histórica, foi assinalado pelo Ministro SIDNEY SANCHES, relator do caso, que a medida de cancelamento tem efeito ex nunc. Significa isso dizer que subsistem válidos todos os atos praticados e decisões proferidas com base na multicitada súmula. Gozam da prerrogativa de foro especial para processo e julgamento por crimes comuns as autoridades, ocupantes de cargos públicos e exercentes de mandato, indicados na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas leis de organização judiciária. O Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional (deputados federais e senadores) e o Procurador-Geral da República, por exemplo, são processados e julgados, por infrações penais comuns, perante o STF, que também processa e julga os Ministros de Estado, os membros de Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade...³.

Evidentemente que o cancelamento da referida súmula desagradou a muitos setores diretamente atingidos pela mudança de posição do Pretório Excelso.

Ao mesmo tempo, pretendeu-se o reconhecimento, tanto do Superior Tribunal de Justiça, como do Supremo Tribunal Federal, de que as ações de improbidade administrativa, fundadas na Lei 8.429/92, envolviam verdadeiramente crimes de responsabilidade, devendo, portanto, ser julgadas pelos tribunais pertinentes, como foro por prerrogativa de função.

No acórdão proferido na Reclamação nº 591, em que figurou como Reclamante Délvio Buffulin e Reclamado o Juízo Federal da 12ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, tendo como relator o Ministro Nilson Naves, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela improcedência do pedido, negando o direito ao foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa. Eis um trecho da ementa da referida decisão:

...Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (...) não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau...

Nos autos da Reclamação nº 2138, interposta pelo então Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos SAE da Presidência da República, Ronaldo Mota Sardemberg, perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, pretende o Reclamante o reconhecimento de que os atos de improbidade administrativa, previstos na Lei 8.429/92, “correspondem a crimes de responsabilidade” e, portanto, que a competência para processar e julgar a demanda seria do Pretório Excelso. Pelo Ministro Nelson Jobim foi concedida liminar, suspendendo a eficácia da sentença reclamada, proferida pelo Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, sendo que até a presente data não houve decisão definitiva na referida Reclamação.

Entendemos que, considerando que o art. 102, I, alíneas “b” e “c”, da Constituição Federal, trata especificamente da competência originária para julgamento das autoridades ali referidas, nos casos de infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, não se pode interpretar de maneira extensiva o texto constitucional, ampliando o chamado foro privilegiado para as hipóteses de ações civis por atos de improbidade administrativa. É questionável, outrossim, a pretensão de transmutar a natureza das ações por improbidade administrativa, para caracterizá-las como verdadeiras ações penais, em virtude do forte conteúdo repressor das sanções previstas na Lei 8.429/92 e, especialmente, em face da importância do cargo exercido por alguns agentes políticos, como no caso do reclamante referido no parágrafo anterior.

Percebe-se, uma vez mais, que o princípio constitucional da igualdade está sendo questionado.

Em 24 de dezembro de 2002, no apagar das luzes do Governo Fernando Henrique Cardoso, foi editada a Lei 10.628/2002, alterando os dispositivos do art. 84 do Código de Processo Penal, acrescentando os parágrafos 1º e 2º, com a seguinte redação:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

A inconstitucionalidade do novo texto legal é flagrante.

Se bem analisarmos o conteúdo do parágrafo primeiro, perceberemos que, com poucas alterações, reproduziu-se o texto da súmula cancelada. A única diferença notável, além da de natureza gramatical, é que o § 1º restringe a extensão do foro especial para delitos envolvendo atos administrativos do agente, enquanto que a súmula estabelecia a manutenção daquela competência para qualquer inquérito ou ação penal envolvendo o ex-detentor da função ou cargo público.

Por uma dessas razões que a lógica e a coerência não explicam, incluiu-se o parágrafo segundo que, inserido em dispositivo legal que trata especificamente da competência por prerrogativa de função, relativamente às pessoas que devam responder pela prática de crimes comuns e de responsabilidade, estabeleceu que as ações de improbidade, de que trata a Lei 8.429/92, deverão ser propostas perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

Em outras palavras, estabeleceu-se uma anomalia, decorrente da pretensão deduzida nas Reclamações ajuizadas no STJ e STF, no sentido de que se reconhecesse a natureza criminal das ações de improbidade administrativa, com o claro objetivo de proteger detentores e ex-detentores de cargos ou funções públicas, que não seriam processados e julgados pelos juízes singulares.

Além do mais, ao reconhecer a natureza criminal das ações de improbidade, estar-se-ia estabelecendo que haveria um verdadeiro *bis in idem* se o agente fosse processado em virtude do delito e em face da improbidade, o que, por óbvio, não tem qualquer pertinência.

Como se pode observar, as modificações do texto do art. 84 do Código de Processo Penal afrontaram o disposto no art. 102, I da Constituição Federal, eis que, em se tratando de lei ordinária, não poderia estabelecer que a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevista na Carta Magna, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. O texto constitucional é expresso no sentido de que foro privilegiado está restrito aos agentes políticos, no exercício de seus mandatos ou cargos.

Houve igualmente afronta ao preceito estampado no art. 125, § 1º, da Lei Maior, que estabelece que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição, e que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Como já dito, a Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente o Secretário de Estado, os Juízes dos Tribunais de Alçada e de Justiça Militar, os Juízes de Direito, os membros do Ministério Público, o Comandante-Geral da Polícia Militar e os Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

Ora, se a Constituição Federal determina que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, e esta prevê a competência originária do Tribunal de Justiça para julgar os detentores dos cargos e agentes políticos que especifica, o dispositivo inserido no Código de Processo Penal que altera tais preceitos é flagrantemente inconstitucional.

Em virtude de tais anomalias, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 2797), pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da Lei

10.628/2002.

Naquele feito, não foi concedida a liminar pleiteada, de suspensão cautelar da eficácia dos dispositivos em foco, sendo que a decisão foi proferida em 07.01.2003.

No que se refere aos processos criminais envolvendo ex-prefeitos municipais, no Estado de Minas Gerais, estabeleceu-se uma grande dificuldade na tramitação dos mesmos.

A Egrégia Corte Superior do Tribunal de Justiça, declarou, incidenter tantum, à unanimidade de votos, a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, em decisão proferida no dia 26 de novembro de 2003 (autos nº 1.0000.03.401472-0/000).

As três Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça igualmente decidiram, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da referida lei, com a conseqüente remessa dos Processos de Competência Originária envolvendo ex-prefeitos para os juízes de 1ª Instância.

Nesse interregno, enquanto aguardava a decisão definitiva do STF, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões, firmou a competência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para julgamento dos Processos de Competência Originária referentes a ex-agentes políticos municipais e, como conseqüência, alguns PCOs chegaram a ser julgados pelo TJMG.

Somente no dia 15 de setembro próximo passado, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou procedente a ADI, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal.

Restabeleceu-se, assim, por ora, a segurança jurídica.

Entretanto, a discussão acerca do tema não terminou. A manutenção do foro privilegiado está prevista na parte remanescente da PEC da Reforma do Judiciário que não foi promulgada e ainda está em tramitação no Congresso Nacional. A proposta, do Senado Federal, estabelece que “a competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função”.

Como se vê, superado o embate jurídico, reinicia-se agora o político.

Notas:

¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Competência por prerrogativa de função, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4535>, última visita: 30.09.05

² Fernando David de Melo Gonçalves. O foro privilegiado e a Lei nº 10.628/02, disponível em http://www.revistaautor.com.br/artigos/2003/W22/FDM_22.shtml, última visita: 27.09.05

³ Geraldo Magela e Silva Meneses, Foro por prerrogativa de função: nova diretriz do STF, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=846>, última visita: 27.09.2005

Errata quanto à divulgação de titulação

Na 2ª edição anterior, cometemos um ligeiro equívoco em relação à titulação de nossos colaboradores, ocasião em que trocamos as referências entre os autores Marcelo Cunha de Araújo (3.4.1) e Fabiano Ferreira Furlan (3.4.3).

Assim, pedimos encarecidas vênias aos colegas do Ministério Público e esclarecemos que Marcelo Cunha de Araújo é

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais UFMG; enquanto Fabiano Ferreira Furlan é Promotor de Justiça, também do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.



**Ministério Público-MG
PGJ**



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



Editado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Av. Álvares Cabral. 1690 – Sto. Agostinho – BH / MG – CEP: 30170-001
Fones: (31) 3330-8013 / (31) 3330-8299
E-mail: ceaf@mp.mg.gov.br / mppmgjuridico@mp.mg.gov.br