

Direito Posto e Pressuposto na formação do Membro do MP

ENTREVISTA:

Eros Roberto Grau

Ministro do Supremo Tribunal Federal

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

Alex Lanza

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	11
Jarbas Soares Júnior	
II APRESENTAÇÃO	11
Jacson Rafael Campomizzi – Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais	
III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL	12
IV TEMA DE CAPA DA PRÓXIMA EDIÇÃO	12
1 MATÉRIA DE CAPA	13
1.1 Direito posto e pressuposto na formação do membro do MP	13
Renato Franco de Almeida	
2 ENTREVISTA DO MÊS	16
Eros Roberto Grau – Ministro do Supremo Tribunal Federal	
3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL	17
3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL	17
3.1.1 A inconstitucionalidade das restrições à concessão da tutela antecipada na Ação Civil Pública em face do Poder Público	17
Marina Kattah	
3.1.2 O Ministério Público e o combate ao nepotismo	17
Márcio Soares Berclaz	
3.1.3 Novos paradigmas do STF sobre a pertinência subjetiva no controle concentrado de constitucionalidade	19
Lucas Danilo Vaz Costa Júnior	
3.1.4 Repercussão Geral: novo juízo de admissibilidade do recurso extraordinário	20
Mario Rubens Cantalice	
3.1.5 Lei de licitações e a doação de bens móveis	20
Luciana Teixeira Guimarães Christofaro	
3.1.6 Contratação temporária e a usual quebra do concurso público	21
Marcos Pereira Anjo Coutinho	
3.1.7 Cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Ato Normativo Concreto de Efeitos Reflexos Gerais	23
Anna Flavia Lehman Battaglia	
3.1.8 Um novo modelo para o serviço público de saúde	24
Leonardo Tibo Barbosa Lima	
3.1.9 A polêmica proporcionada pela alteração do art. 84 do CPP, levada a efeito pela Lei 10.628/2002	26
Elias Paulo Cordeiro	
3.1.10 Da vedação constitucional ao acréscimo concedido aos Presidentes das Câmaras Municipais	29
Marcus Paulo Queiroz Macêdo	

3.1.11 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	30
A) Obras doutrinárias	
3.1.11.1 FREIRE JÚNIOR, Américo Bêde. <i>O controle judicial de políticas públicas</i>	30
3.1.11.2 HÄBERLE, Peter. <i>A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental”</i>	30
3.1.11.3 MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de; ROCHA, João Carlos de Carvalho; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal e SOUZA, Zani Tobias de. (coords.). <i>Ministério Público e a Ordem Social Justa</i> .	31
3.1.11.4 MELLO JUNIOR, João Cancio de. <i>A função de controle dos atos da Administração Pública pelo Ministério Público</i>	31
B) Artigos	
3.1.11.5 SELIGMAN, Rogério Ponzi. <i>O princípio constitucional da proporcionalidade na conformação e no sancionamento aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92</i>	31
3.1.11.6 CEZNE, Andrea Nárriman. <i>A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy</i>	31
3.1.12 Jurisprudências da área	32
3.1.12.1 STJ, 5ª Turma. <i>Escuta Telefônica realizada por Terceiro. Licitude. Diligências Investigatórias realizadas pelo Ministério Público. Possibilidade.</i>	32
3.1.12.2 STF, Plenário. <i>Conflito de Atribuição entre Ministério Público Federal e Estadual. Competência Originária do Supremo Tribunal Federal (1)</i>	32
3.1.12.3 STF, Plenário. <i>Conflito de Atribuição entre Ministério Público Federal e Estadual. Competência Originária do Superior Tribunal de Justiça (2)</i>	32
3.1.12.4 STF, Plenário. <i>Legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública que vise a reduzir o valor de tarifa no sistema municipal de transporte coletivo. Ausência de ofensa ao pacto federativo e à autonomia do Município</i>	32
3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL	33
3.2.1 O parágrafo único do art. 81 do CDC como norma de superdireito material coletivo e a vinculação dos casos submetidos à apreciação do poder judiciário aos seus comandos	33
Gregório Assagra de Almeida	
3.2.2 Repercussão geral em sede de ACP decorrente de presunção constitucional	33
Gisela Potério Santos Saldanha	
3.2.3 O Acesso à Justiça	35
Erlon de Paula Lima	
3.2.4 Protesto de CDAs (Certidões de Dívida Ativa), de sentenças e de TAC's, pois são documentos de dívida nos termos do art. 1º da Lei 9.492/97 e a atuação do Ministério Público, bem como inscrição dos débitos no CADIn e demais órgãos de controle de devedores	36
André Luís Alves de Melo	
3.2.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	37
A) Obras doutrinárias	
3.2.5.1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. <i>Interesses difusos: conceito e legitimação para agir</i>	37
3.2.5.2 GOMES, Luís Roberto. <i>O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental</i>	37
B) Artigos	
3.2.5.3 MILARÉ, Edis.; SETEZER, Joana. e CASTANHO, Renata. <i>O compromisso de ajustamento e o fundo de defesa dos direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985</i>	37

3.2.5.4	ALMEIDA, Renato Franco de. e COELHO, Aline Bayerl. <i>O princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito. In Revista de Direito do Consumidor</i>	37
3.2.6	Jurisprudências da área	38
3.2.6.1	TFR1ª Região, 5ª Turma. <i>Danos ao meio ambiente. Aplicabilidade dos princípios da razoabilidade e da precaução</i>	38
3.2.6.2	TJDFT, 6ª Turma Cível. <i>Responsabilidade Civil Solidária e Objetiva entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas causadoras de danos ao meio ambiente</i>	38
3.2.6.3	TJDFT, 3ª Turma Cível. <i>O fornecimento de medicamentos pelo Estado deve ser realizado de forma autônoma por cada um dos entes federativos em relação aos outros, sendo irrelevante a alegação de limitação orçamentária</i>	38
3.2.6.4	STJ, 1ª Turma. <i>Direito à saúde é consagrado como norma constitucional não-programática. Por isso, o seu cumprimento pode ser exigido em Juízo, mesmo revelando ônus financeiro à Fazenda Pública, sem que isso configure rompimento com a harmonia dos Poderes dos Estados. Legitimidade do Ministério Público</i>	39
3.3	CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL	40
3.3.1	Noções introdutórias acerca da função social do contrato Nelson Rosendal	40
3.3.2	Insuficiência do art. 4º da LICC para explicar o fenômeno jurídico privado diante da tipologia sistêmica da CF/1988 e do CC/2002 Lucas Abreu Barroso	41
3.3.3	A prescrição da ação para reclamar indenização por dano moral contra a Fazenda Pública Leonardo Tibo Barbosa Lima	42
3.3.4	O juiz pode valorar provas para aferir a existência das condições da ação? Samuel Alvarenga Gonçalves	43
3.3.5	Obras doutrinárias e artigos indicados na área	44
A)	Obras doutrinárias	
3.3.5.1	NERY JUNIOR, Nelson. <i>Teoria Geral dos Recursos</i>	44
3.3.5.2	FACHIN, Luiz Edson. <i>Teoria Crítica do Direito Civil</i>	45
B)	Artigos	
3.3.5.3	CABRAL, Antônio do Passo. <i>O contraditório como dever e boa-fé processual objetiva</i>	45
3.3.5.4	THEODORO JÚNIOR, Humberto. <i>O Novo Código Civil e as Regras Heterotópicas de Natureza Processual</i>	45
3.3.5.5	NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. <i>Os juros no novo Código Civil e suas implicações para o direito do consumidor</i>	45
3.3.5.6	MARQUES, Claudia Lima. <i>Superação das antinomias pelos diálogos das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002</i>	46
3.3.6	Jurisprudências da área	46
3.3.6.1	STJ, 1ª Turma. <i>Interposição de Recurso. Conhecimento pelo Tribunal de norma que dispõe sobre feriado local. Princípio 'Jura Novit Curia'</i>	46
3.3.6.2	STJ, 2ª Seção. <i>Ações de indenização por dano moral e patrimonial decorrente de acidente do trabalho. Competência da Justiça do Trabalho. Estabilização da demanda nos casos de sentença proferida antes da entrada em vigor da EC/45</i>	46
3.3.6.3	STJ, 4ª Turma. <i>Prazo decadencial para ajuizar ação rescisória quando o último recurso foi julgado intempestivo</i>	47
3.3.6.4	STJ, 2ª Turma. <i>Legitimidade do consumidor para ajuizamento de ação que visa afastar a cobrança de ICMS em relação à habilitação de telefonia móvel</i>	47
3.3.6.5	TJDFT, 1ª Turma Cível. <i>Declinação de ofício da competência relativa territorial pelo juiz quando houver manifesto prejuízo para o consumidor. Ponderações no caso concreto</i>	47

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL	48
3.4.1 A Ineficácia Social da Pena de Multa	48
Marcelo Cunha de Araújo	
3.4.2 Transação penal e “sursis” processual na ação penal privada exclusiva e o papel do Ministério Público	49
Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho	
3.4.3 Transação penal e suspensão condicional do processo na Justiça Militar estadual	50
Fabiano Ferreira Furlan	
3.4.4 Direito de queixa e de representação do menor de dezoito anos e do representante legal. Interpretação conforme os preceitos constitucionais afetos à proteção da infância e da juventude	51
Leandro José Vilas Boas	
3.4.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	51
A) Obras doutrinárias	
3.4.5.1 PIERANGELLI, José Henrique. <i>Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica e</i> PIERANGELLI, José Henrique. <i>Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas</i>	51
3.4.5.2 STASIAK, Vladimir. <i>As condições da ação penal: perspectiva crítica</i>	52
B) Artigos	
3.4.5.3 SOUZA, Calixto Oliveira. <i>Alegações finais e a apresentação de subsídios para a fixação da pena pretendida</i>	52
3.4.5.4 TEOTÔNIO, Paulo José Freire. e MARTINS, Carlos Renato Sampaio. <i>O Perdão Judicial e o Arquivamento do Inquérito Judicial</i>	52
3.4.6 Jurisprudências da área	53
3.4.6.1 STJ, 5ª Turma. <i>Competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar crimes com pena privativa de liberdade de até dois anos, inclusive quando sujeitos a Rito Especial</i>	53
3.4.6.2 STJ, 5ª Turma. <i>Possibilidade de exigência de laudo da Comissão Técnica de Classificação CTC e do Centro de Observação Criminológica COC para a progressão do regime prisional</i>	53
3.4.6.3 STJ, 5ª Turma. <i>Impossibilidade de oferecimento de suspensão condicional do processo em relação às infrações penais cuja pena mínima, acrescida do quantum relativo à agravante, ultrapassar o limite legal</i>	53
3.4.6.4 TJMG, 2ª Câmara Criminal. <i>Possibilidade de reconhecimento de reincidência específica pelo juízo da execução</i>	54
4 INFORMAÇÕES VARIADAS	54
4.1 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS MINISTÉRIOS PÚBLICOS	54
4.1.1 Ministério Público do Estado do Paraná	54
4.1.1.1 Aspectos práticos do combate ao nepotismo na Administração Pública Municipal através da expedição de recomendação pelo Ministério Público	54
4.1.2 Ministério Público do Estado de São Paulo	55
4.1.2.1 Súmulas do Conselho Superior sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública em matéria tributária e para exigir o fornecimento de medicamento a um só paciente	55
4.2 PROMOTOR DE JUSTIÇA: PRIMEIROS DIAS PÓS-APROVAÇÃO NO CONCURSO - REFLEXÕES	55
4.2.1 Mensagem introdutória aos novos Promotores de Justiça do XLV Concurso do MPMG, durante a palestra sobre Tutela Coletiva proferida pelo palestrante Gregório Assagra de Almeida	55
Gregório Assagra de Almeida	

4.3 JUDICIÁRIO EM DEBATE	58
4.3.1 A Reforma do Judiciário e a celeridade processual	58
Wendelaine Cristina Correia de Andrade	
4.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS	59
4.4.1 A remessa de documento sigiloso à Promotoria de Justiça	59
Mário Antônio Conceição	
4.5 LÍNGUA E LINGUAGEM	60
4.5.1 “Não procure o posto de saúde, procure o Ministério Público”	60
Cláudio Márcio Bernardes	
4.6 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR	61
4.6.1 Aquecimento global, perigo iminente?	61
Alessandra de Souza Santos	
4.6.2 Acessibilidade na cidade	62
Ana Carolina Araujo Pereira	
4.6.3 Eficácia preclusiva do evento cardiovascular não prevenido	63
Eneyde Gontijo Fernandes M. Rocha	
4.6.4 Emoções como fator de adoecimento	63
Eliana Quintino Franco De Sá	
4.6.5 Recomendação de leitura em outra área do conhecimento	64
4.6.5.1 BOFF, Leonardo. <i>Ética da vida</i>	64
4.7 TÉCNICA PROCESSUAL	64
4.7.1 Execução de Termo de Ajustamento de conduta com obrigações de natureza diversa: obrigação de fazer e obrigação de dar quantia	64
Gregório Assagra de Almeida	
4.7.2 O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença nos crimes tentados	65
Paulo de Tarso Morais Filho	
4.8 COMENTÁRIOS A SÚMULAS OU JURISPRUDÊNCIAS	66
4.8.1 <i>Comentários sobre acórdão do TJRS: ação civil pública e irregularidade na representação; possibilidade de sucessão processual com o ingresso do Ministério Público no lugar da demandante originária; justificativa fundada no princípio da economia processual e na proteção do interesse público</i>	66
Samuel Alvarenga Gonçalves	
4.8.2 <i>Comentários à Sumula 309 do Superior Tribunal de Justiça que versa sobre a prisão civil do devedor de alimentos</i>	67
Samuel Alvarenga Gonçalves, Cláudio Márcio Bernardes e Wellington Pereira	
4.9 DEBATE	68
4.9.1 “Querem mudar as regras do jogo, no meio do campeonato”	68
Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira	
4.10 LEIS E DEMAIS ATOS NORMATIVOS	69
4.10.1 Lei n.º 11.187/2005	69
4.10.2 Lei Estadual n.º 15.301/2004 (Minas Gerais)	69
4.10.3 Lei Estadual n.º 15.302/2004 (Minas Gerais)	69
4.10.4 Resolução n.º 07/2005 – Conselho Nacional de Justiça	69
4.11 EXPERIÊNCIA DE MEMBRO APOSENTADO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	70
4.11.1 Minas Gerais e a evolução do Ministério Público	70
Joaquim Cabral Netto	
4.12 IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	71
4.12.1 A reserva do possível e a eficácia dos direitos fundamentais	71
Wellington Pereira	

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Jarbas Soares Júnior
Procurador-Geral de Justiça

Senhoras e Senhores,

É com muita satisfação que enviamos esta segunda edição do *MPMG Jurídico* – o Boletim Informativo Jurídico mensal do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Fruto de um grande sonho que se tornou realidade, o *MPMG Jurídico* é resultado de um trabalho de fôlego e de dedicação por parte de todos os envolvidos, o que justifica o sucesso da primeira edição comemorativa.

Gostaríamos de agradecer a todos aqueles que enviaram informações, sugestões, artigos e comentários que compuseram as duas edições e, de forma especial, por todas as mensagens de elogios a nós enviadas pelos Ministros do STF e do STJ, Procurador-Geral da República, Procurador-Geral do Trabalho, Procuradora Regional do Trabalho da 3ª Região, Presidentes dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Amapá, Alagoas,

Rio Grande do Sul, Paraná, Espírito Santo, Maranhão e Santa Catarina, Corregedora Nacional e Secretário-Geral do Conselho Nacional do Ministério Público, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados do Maranhão, Rondônia, Tocantins, Amazonas, Pará e Espírito Santo, Advogado-Geral da União, Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais etc., além dos inúmeros votos de incentivo e apreço enviados pelos colegas do Ministério Público de Minas Gerais.

A todos, a nossa sincera gratidão e a promessa de melhorarmos cada vez mais, com a ajuda e participação de todos os interessados, o *MPMG Jurídico*.

Esperamos que este Boletim seja útil aos colegas do Ministério Público e aos demais leitores, fortalecendo os laços de compromisso social e incentivando a participação de todos nas próximas edições.

II APRESENTAÇÃO

Jacson Rafael Campomizzi

Procurador de Justiça – Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

O número dois do Boletim Jurídico do Ministério Público de Minas Gerais vem a lume qualificado pela rápida evolução propiciada por crítica realizada pelos editores no volume de lançamento. Orgulhosa de sua pretensão, a edição vem recebendo elogios diversos e substancial oferta de material jurídico, grande parte originado dos profissionais desta Instituição, colocando-se por isso como um Órgão incentivador da produção de pensamento jurídico.

Neste número, optou-se por divulgar matérias de cunho eminentemente jurídico e legislativo, com a doutrina, a jurisprudência, a técnica, entrevistas e comentários dos assuntos do dia e de interesse do Promotor de Justiça e da comunidade jurídica em geral. As informações dos órgãos de Administração estão no caderno Institucional, responsável pela divulgação dos empreendimentos da Chefia em favor dos interesses classistas, da resposta aos pleitos de cunho sindical e da luta pela consolidação do Ministério Público cidadão.

Esta edição tem por carro chefe a discussão acerca da separação verificada no direito moderno entre o posto e o pressuposto, entre *lex* e *ius*. A constatação de que o direito pensado, discutido e idealizado de forma democrática para servir de veículo de realização do convívio ideal entre os homens, distancia-se da norma, faz tremular a alma dos cidadãos ávidos de Justiça. O resultado intelectual desta angústia é boa fonte de Direito. Isto está muito bem demonstrado pelo artigo do colega Renato Franco.

No direito vivemos de lutas. Batalhamos para avançar e não para alcançar. Como nos disse o colega Vigil, audacioso formador de membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul, “a Escola é o limite do mundo”. Compreende-se que a fronteira humana não ultrapassa o produto de seu intelecto, e que está nas escolas. Daí a força pela ampliação dos espaços de produção de pensamento, para a qual busca-se a integração de todos. Bom proveito.

III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

Em razão do sucesso da primeira edição comemorativa, gostaríamos de convidar todos vocês para que participem da elaboração do *MPMG Jurídico – edição n.º 3*, mediante o envio de suas 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).

Não se esqueçam de que 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 1,25 para o texto principal e 4 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, por fim, 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.

Sua participação certamente irá enaltecer o nosso trabalho!

Gostaríamos, por fim, de agradecer imensamente aos funcionários Diogo Henrique Pereira da Cruz Santos, Simone Ramos da Silva e Lorena Larissa Alves pelo empenho e dedicação em enviar, a todos vocês, os exemplares do *MPMG Jurídico*.

Atenciosamente

Conselho Editorial do *MPMG Jurídico*

Jarbas Soares Júnior – Presidente

Paulo Roberto Moreira Caçado – 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

IV TEMA DE CAPA DA PRÓXIMA EDIÇÃO

Na próxima edição do *MPMG Jurídico*, o tema de capa será sobre a *Codificação do Processo Coletivo brasileiro*, assunto hoje já com anteprojetos elaborados por determinado setor da doutrina brasileira. Trata-se de questão diretamente ligada à atuação do Ministério Público e, por isso, estamos desenvolvendo estudos sobre o tema e várias questões serão levantadas para a reflexão dos colegas do Ministério Público e da comunidade jurídica em geral, fomentando, com isso, a participação crítica no debate.

Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça – Coordenador Editorial

Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça – Coordenador Editorial

Renato Franco de Almeida

Promotor de Justiça – Coordenador Editorial

Já existe no Ministério Público do Estado de Minas Gerais uma comissão especialmente designada pelo Procurador-Geral de Justiça para estudar os Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos e apresentar soluções adequadas aos interesses do Ministério Público e da sociedade.

A entrevista da 3ª edição será com o Professor Doutor Nelson Nery Junior, que falará sobre o processo coletivo em geral.

Contamos com a participação de todos!

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 Direito posto e pressuposto na formação do membro do MP



Renato Franco de Almeida

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. Mestrando em Direito e Instituições Políticas. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor de Pós-Graduação lato sensu. refranco@uai.com.br / renatofranco@mp.mg.gov.br

RESUMO: *Analisa as teorias do direito pressuposto e do positivismo, optando por aquela como a mais adequada à concretização dos deveres constitucionais do Ministério Público.*

PALAVRAS-CHAVE: *Teorias; Direito Pressuposto; Positivismo; Deveres constitucionais; Ministério Público.*

RESUMEN: *Analiza las teorías del derecho presupuesto y del positivismo, optando por aquella como la más adecuada a la concretización de los deberes constitucionales del Ministerio Público.*

PALABRAS-LLHAVE: *Teorías; Derecho Presupuesto; Positivismo; Deberes constitucionales; Ministerio Público.*

1. Introdução

Não se discute a existência, em toda sociedade, de um sistema composto por interesses conflitantes, muitas vezes inconfessáveis, na medida em que cada indivíduo é um ser particular.

Nessa linha de pensamento, o ser humano, ao longo de sua breve vida, sofre o influxo de toda sorte de fatores, tais como os sociais, jurídicos, políticos, econômicos, culturais etc., formando sua personalidade. Dessa forma, lícito afirmar que cada pessoa humana é um composto dessas variantes, umas preponderando sobre outras, na medida de cada idiosincrasia.

A despeito disso, pretendemos neste estudo restringir-nos à formação do membro do Ministério Público quanto ao aspecto jurídico, aspecto esse que, como veremos na seqüência, não prescindirá daqueles outros fatores antes mencionados.

Para tanto, utilizaremos, entre outras, a teoria do *direito posto e pressuposto*, magnificamente exposta na obra do Professor Eros Roberto Grau, intitulada *O direito posto e o direito pressuposto*. A razão de nossa predileção pela referida teoria radica no fato de que, com a absorção do positivismo normativista pela ciência jurídica, seus cientistas deram início ao raciocínio, sob a influência preponderante de Hans Kelsen, em boa parte predominante até os dias atuais, segundo o qual o *direito*, enquanto ciência, reduz-se à lei positivada, posta. Mais, que essa lei provém tão-somente do Estado, produto exclusivo do Estado (teoria estatista).

Não obstante as vantagens auferidas pelo jurismo com essa concepção, impende refletir sobre a idéia de que o direito é um produto sócio-cultural, ensejado por aqueles mesmos fatores que exercem influência sobre a personalidade humana. Daí a conclusão de lógica formal de que só há direito enquanto houver sociedade.

Na linha da teoria estatista, os membros do *Parquet*, formados em escolas positivistas, nas quais a ciência jurídica resume-se às explicações articuladas de códigos e leis em geral, têm visão unilateral do fenômeno jurídico, como de resto todo aquele que não logrou sua alforria dos dogmas, na medida em que sua metodologia interpretativa na relação sujeito-objeto tem como início a lei formal em direção ao fato, abstraídas quaisquer formas de valorações ou apreciação das

condicionantes pré-legais.

Importa ademais referir que, em um exercício silogístico, a tese (lei formal) traduz-se em dogma insuperável, cuja eventual ausência faz surgir a profunda perplexidade frente ao conflito apresentado à resolução. Resulta de tal fato (pensamento dogmático), segundo a irretorquível assertiva de Casanova (2000: 47), que: “É verdade que quando um homem acostumado a pensar dogmaticamente se vê sem dogmas, dá-se conta de que está acostumado a não pensar”.

Destarte, tentaremos propor, no presente estudo, uma forma mais ampla, apesar de não constituir nenhuma novidade, de se vislumbrar a ciência jurídica, no afã de se lograr uma concretização mais efetiva do dever constitucional de defesa da sociedade pelo Ministério Público no constitucionalismo democrático.

2. Da idéia de Estado

A teoria estatista, que os positivistas normativistas acolhem, sofre de erro essencial para a efetivação de um Estado democrático.

Permitimo-nos, neste tópico, repetir, com as necessárias modificações, o que foi dito em artigo de doutrina, intitulado *Precificação de Produtos (Lei n.º 10.962/04): inconstitucionalidade*, de nossa autoria.

Como asseveramos naquela oportunidade (ALMEIDA; COELHO, 2005: 3 *et seq.*), por mais paradoxal que possa parecer, não vivemos, absolutamente, no Estado tal qual ele é, porém sobre a *idéia* de Estado, onde reside o objetivo indisfarçável de fomentar a convivência pacífica dos indivíduos em uma sociedade de classes sócio-econômicas diversas, sempre com predomínio de uma sobre as demais.

A filosofia do Idealismo desde a Grécia com Platão entendeu os objetos reais como mera representação imperfeita de uma idéia, esta irretocável, conquanto também inalcançável pelo intelecto humano.

Com o Estado ocorre fenômeno idêntico, porém invertido. Já que inconcebível a coexistência de classes dispares de indivíduos sob os aspectos social, econômico, financeiro, cultural etc. Imaginou-se um Estado ideal onde coexistem variegadas espécies de personalidades humanas e grupos

sociais, sem que, contudo, houvesse autodestruição, porquanto a classe que detém o poder incute, nas mentes dos membros das demais, noções impossíveis de se definir, que, ao mesmo passo, representariam o Estado em seus objetivos, fins e conseqüências, como, *e. g.*, o interesse público, a ordem social, a ordem jurídica e expressões outras que, nem mesmo com muito esforço, chegar-se-á a conceitos concretamente aceitáveis, porque tais objetos só existem no mundo das idéias. Estas, por sua vez, relativamente agrupadas, formam a ideologia propagada pelos canais ideológicos, dentre os quais, o próprio direito. Dessa forma, segundo Chauí (2001: 23), em *O que é ideologia*, esse grupo de idéias possui um objetivo claro e constante:

Em sociedades divididas em classes (e também em castas), nas quais uma das classes explora e domina as outras, essas explicações ou essas idéias e representações serão produzidas e difundidas pela classe dominante para legitimar e assegurar seu poder econômico, social e político. Por esse motivo, essas idéias ou representações tenderão a esconder dos homens o modo real como suas relações sociais foram produzidas e a origem das formas sociais de exploração econômica e de dominação política.

Tal técnica mascarava – como até hoje – o sistema econômico capitalista, ou seja, o modo de produção capitalista. (MOREIRA, 1987: 66)

Devemos anotar, em razão da importância, o entendimento diametralmente oposto no que concerne ao direito de Grau (2000: 36) quando afirma que “... pretendi negar que o direito positivo (*direito posto*) seja a expressão de uma classe dominante; ele é a tradução da correlação das forças produtivas existentes.” E complementa: “O direito acolhe as contradições das relações sociais, reproduzindo-as, de sorte que, nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso.” (GRAU, 2000: 36)

A despeito da aguda observação, pensamos que, para atingirmos a essência dos institutos e princípios jurídicos, e não a sua mera existência, faz-se mister um repensar crítico sobre esta espécie de *lógica*, evoluindo, conseqüentemente, para o pensamento crítico que a *lógica dialética* engendra para nos desvencilharmos do obscurecimento que o dado ideológico proporciona.

Daí afirmar o ilustre membro da Escola Crítica do Direito, Professor Michel Miaille, em obra indispensável, intitulada *Introdução Crítica ao Direito*, que (1994: 50):

Para que, no sistema capitalista onde os homens estão profundamente divididos em classes antagônicas, uma vida social ainda assim seja possível, é necessário que exista uma estrutura política, cuja função primeira será ordenar a desordem, reconciliar aparentemente indivíduos que tudo separa, velar pela salvação pública. Esta instituição, sabemos-lo, é o Estado ... Ora, e é o que muitos esquecem às vezes, esta existência da ideia de Estado é importante para o próprio funcionamento das estruturas estatais. Se cada um de nós não estiver intimamente convencido da necessidade de um Estado, quer dizer, do valor desta (aparente) função de apaziguamento e de regulamentação pacífica dos conflitos, se cada um de nós não acreditar que existe um bem comum, distinto e superior aos nossos interesses particulares, torna-se difícil fazer funcionar o Estado, isto é, concretamente a administração, os tribunais, o exército e, de uma maneira geral, todas as instâncias a ele ligadas. Assim se impõem, na prática e nas consciências, noções tais como: interesse geral, direitos e deveres do cidadão, soberania, razão do Estado, vontade da administração e outras tantas 'expressões' sem as quais, afinal, o funcionamento da instituição estatal estaria comprometido.

De efeito, resta evidente que a idéia de Estado produzida pelas sociedades capitalistas tem por fim uma aparente acomodação de classes sócio-econômicas distintas, ou seja, de interesses muitas vezes não conscientes no seio dessas classes diversos e divergentes, no universo complexo que é a sociedade.

Partindo da premissa ora exposta, chegamos à conclusão de que, se o Estado é uma idéia, tão-somente, a teoria estatista (positivista-normativista) do direito engendra um conjunto de leis postas que se traduz em um aglomerado de idéias, isto é, uma ideologia.

Portanto, parece não haver dúvida de que, ao proceder considerando o direito posto como o ponto de partida para a resolução de um conflito, o positivista nada mais faz do que reproduzir, consciente ou inconscientemente, o *status quo* estabelecido pela ideologia dominante através do direito.

Dessarte, mister reconhecer que devemos progredir em relação ao positivismo estatista, na medida em que sofre este de erro essencial.

3. Os princípios como fundamento do raciocínio jurídico

Como todo sistema, que deve ser coerente, o jurídico não escapa da imprescindibilidade de uma base que lhe dê sustentação.

Menos nas regras e nas leis, é nos princípios que o sistema jurídico depara-se com direcionamentos cujo grau de abstração comportará o fundamento de todo e qualquer sistema, mantendo sua necessária coerência. Nessa esteira, o Professor Paulo Bonavides (1997: 257), na sua obra *Curso de Direito Constitucional*, enfatiza a importância dos princípios como sustentáculo do sistema jurídico:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócua de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Impende ressaltar que, à símile do que ocorre com o raciocínio positivista, os princípios não se encontram na análise sistêmica do ordenamento de normas, como o fez Norberto Bobbio (1999). Ao revés, radicam nos escólios precisos de Grau (2000: 35):

[...] o fundamento do direito posto na sociedade que historicamente o pressupõe, o que me leva a tratar não de um direito absoluto, mas do direito de uma determinada sociedade (o direito não existe; existem os direitos), aquela sociedade na qual ele está inserido. No direito pressuposto encontramos os princípios (jurídicos) dessa determinada sociedade.

Podemos inferir da lição duas conclusões, todas importantes: a) a desmitificação do direito como absoluto, único e imutável (racionalistas); b) que os princípios radicam na historicidade dialética de cada sociedade.

Mas ainda temos que colocar mais um conceito, qual seja, o de *direito pressuposto*, que, ainda nas lições do Professor rio-grandense-do-sul (2000: 51): “O direito pressuposto é fundamentalmente princípios, nada obstando, de toda sorte, a que nele vicejem regras, entendidas estas como normas jurídicas cujo grau de generalidade é mais estreito do que o grau de generalidade dos princípios.”

Mas se o direito pressuposto são os princípios colhidos na sociedade, não podemos encará-los estaticamente, em razão de total incoerência com o corpo social, por natureza, dinâmico. Daí por que ainda afirma Grau (2000: 36):

Ademais, após observar que o direito é produzido a partir de múltiplas inter-relações, compreendi a necessidade de o pensarmos dialeticamente, estudando-o em movimento, em constante modificação, formação e destruição isto é, como de fato ocorre na realidade concreta.

Pois bem.

Nessa dinâmica inerente aos princípios, condicionados historicamente, mostra-se impossível a assertiva de que o direito é constituído tão-somente de interpretações articuladas dentro do *direito posto*. Isso porque, como mais uma vez demonstra o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal (2000:39), desnudando escorreitamente o raciocínio de Karl Marx:

Afirmar que o modo de produção da vida material (social) que é diverso do modo de produção dos bens materiais determina o direito é algo inteiramente distinto da afirmação de que a estrutura econômica (uma das estruturas regionais integradas na estrutura global do modo de produção da vida social) determina o direito.

E complementa (GRAU, 2000: 39):

O que se extrai da conhecida afirmação de Marx... é a verificação de que a sociedade não pode ser compreendida, em seu dinamismo, senão como também produzida pelas interferências procedentes de todas as demais instâncias (jurídico-política e ideológica).

Estamos que aí reside a diversidade das teorias em cotejo, com vantagens para aquela do *direito pressuposto* sobre a do positivismo, na medida em que, se a sociedade é dinamicamente compreendida também pela interferência de outras instâncias (jurídica, política e ideológica) e não só pela econômica, se a sociedade na sua historicidade é a produtora do direito pressuposto (princípios) e condicionadora do direito posto (leis), nada mais se conclui senão que o direito, muito além de leis formais, é o produto histórico-cultural da sociedade na qual é produzido, cuja interferência das demais instâncias também se faz presente.

A avultação dos elementos extrajurídicos para o conhecimento/interpretação do direito *posto* importará na abertura do âmbito de visão do jurismo, que a teoria positivista, de seu turno, reduz.

4. Conclusão

Demonstradas, na medida da necessidade, as linhas gerais das teorias sob comento, forçoso anuir sobre o fato de não ser o positivismo uma atitude interpretativa satisfatória contemporaneamente.

Ademais, consoante a direção traçada nas linhas que perfilam as incumbências ministeriais insertas na nossa Constituição, cujo caráter é desenganadamente dirigente, sua concretização restará comprometida, acaso o membro do *Parquet* tenha atitude interpretativa que revele a adoção do positivismo-normativista. Isso porque, assim agindo, o Ministério Público estará se desvirtuando daqueles parâmetros

constitucionais impositivos, quais sejam, as defesas da sociedade e do regime democrático, limitando a sua atuação à reprodução (repetição) da ideologia construída por uma só classe sócio-econômica: a dominante.

É certo que o positivismo jurídico produziu seus efeitos em época na qual era necessário limitar o soberano, como forma de se garantir a liberdade burguesa. Atualmente, entretanto, mister reconhecer o privilégio conferido ao humano como ente social, isto é, aquele ser entronizado no grupo social que detém o poder de determinar sua história, condicionada pelos valores de seu tempo. É, em resumidas palavras, o fundamento antropológico-axiológico (CANOTILHO, 2002) do constitucionalismo democrático, notadamente da atual Constituição brasileira.

Com efeito, o pós-positivismo ético aquele que confere normatividade aos princípios contidos no direito pressuposto, mormente se previstos em textos constitucionais, cuja hierarquia suplanta a lei formal traduz-se, parece-nos, na melhor forma de conformar as cláusulas constitucionais impositivas relativas à atuação do Ministério Público. Isso porquanto, como anota o Professor da *New York University* (1999: 305), claro defensor da normatividade dos princípios:

Os juizes [e os membros do Ministério Público] que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.

Como se pode divisar, em suma, a atuação do *Parquet* realizada por membros cuja formação é positivista nega o próprio documento constitucional, inerentemente principiológico, relegando aquele mister ao enclausuramento dogmático da lei formal.

5. Bibliografia

- ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. Precificação de Produtos (Lei n.º 10.962/04): inconstitucionalidade. **Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Florianópolis, n. 5, p. 11-28. jan 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 184p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 755p.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1.504p.
- CASANOVA, Pablo González. Globalidade, neoliberalismo e democracia. In: GENTILI, Pablo. **Globalização excludente: desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 46-62.
- CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Brasiliense, 2001. 118p.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 209p.
- MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. 330p.
- MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987. 196p.

2. ENTREVISTA

MPMG Jurídico: Gostaria de saber a opinião do senhor sobre a ampliação de poderes do Ministério Público na defesa da ordem econômica.

Min. Eros Grau: Acho que esse é um ponto fundamental do que eu imagino possa ser um grande aprimoramento na aplicação da Lei 8.884, da chamada Política Antitruste. Hoje, isso é adotado por uma autarquia do Poder Executivo e a experiência tem demonstrado que essa não é a melhor solução. Há várias questões e discussões sobre competências, há um enorme desentendimento entre o CADE e o Banco Central. Entendo que isso deveria ser trazido para o âmbito do Ministério Público, e o debate se operar no plano do Poder Judiciário.

MPMG Jurídico: Como conciliar políticas econômicas neoliberais com a Constituição Federal dirigente?

Min. Eros Grau: verdade, isso é inconciliável. Eu diria que o neoliberalismo já entrou em declínio, já está surtindo efeitos, grandes contradições. O neoliberalismo levou a uma alteração na ordem internacional, com o surgimento de uma hiper-soberania, por exemplo, que é capaz de querer determinar os padrões de democracia do resto do mundo mas é incapaz de tratar a sua própria população, quando esta é vítima de um tufão. A nossa Constituição Federal é dirigente. Art. 1º, Art. 3º e Art. 170 são fundamentais e representam a sua espinha dorsal. Seguramente, as políticas neoliberais são incompatíveis com essa Constituição Federal. E, na verdade, salvo aquela abertura das Emendas Constitucionais que foi feita há alguns anos, as linhas básicas da Constituição Federal se mantêm.

MPMG Jurídico: O senhor é autor de um livro muito conhecido: *Direito Posto e Pressuposto*. Quais as diferenças entre Direito Posto e Direito Pressuposto?

Min. Eros Grau: O Direito Posto é o Direito do Estado moderno, do mundo moderno, que surge com o capitalismo industrial; a Revolução Industrial; a Revolução Francesa; a substituição dos padrões de equidade, que eram subjetivos pelos padrões objetivos da lei. Esse é o Direito que nós aplicamos, o Direito que se ensina nas faculdades, positivo, posto pelo Estado. Mas isso é apenas a ponta do iceberg, porque, na verdade, o fenômeno jurídico é muito mais amplo. O Direito é uma linguagem do todo social. O fenômeno jurídico é anterior ao Estado, deste Estado que põe o Direito sempre sob um certo compromisso, o compromisso da preservação do mercado e das instituições do sistema capitalista.

MPMG Jurídico: Para o senhor, o Supremo Tribunal Federal pode apreciar a constitucionalidade de políticas

públicas?

Min. Eros Grau: Esse é um assunto delicado, não por que a pergunta seja complicada. Complicada é a resposta. Eu entendo que vivemos em um esquema de harmonia entre os Poderes, não separação. Quem insiste em separação dos Poderes é porque ainda não começou a ler os livros do fim do Séc. XVIII, é porque nunca leu Montesquieu, que jamais falou em separação dos Poderes. O que existe é uma harmonia entre os Poderes, uma interdependência. Em nome dessa harmonia e dessa interdependência, a tomada da decisão por determinadas políticas não pode ser sindicada no âmbito do Poder Judiciário, mas este deve examinar os atos dessas políticas. Ou seja, nenhum membro do Supremo Tribunal Federal é eleito para dizer qual a política pública deve ser adotada dentro do quadro do grande programa da sociedade brasileira que está nos Artigos 3º e 170 da Constituição Federal. Quem foi eleito para isso foi o Executivo, e este não pode fazer muito também, ele tem que cumprir o Art. 3º. Agora, o controle dessas políticas deve ser feito, a meu ver, pelo Poder Judiciário a partir da análise dos atos e dos procedimentos. É para isso que o Poder Judiciário está aí.

MPMG Jurídico: O que o senhor acha da ampliação da eficácia vinculatória das decisões judiciais e quais os riscos que poderão ser gerados com o engessamento do Juízo de primeiro grau, que é o que colhe diretamente as mudanças e pressões da sociedade?

Min. Eros Grau: Eu perguntaria: o Código Civil engessa o Juiz de Primeira Instância? A Constituição Federal engessa o Juiz de Primeira Instância? Seguramente não. Isso é a súmula vinculante. Vou me permitir uma breve digressão. Nós aprendemos hoje que, quando interpretamos o Direito, nós produzimos a norma. Nós saímos a partir do texto e dos fatos e construímos a norma. A norma é uma coisa, o texto era outra, ou seja, não se interpretam normas, interpretam-se textos. A norma é o resultado da interpretação de um texto. Veja bem, o que vai acontecer? Quando se atribuir eficácia vinculante a uma determinada norma, neste exato e preciso momento, ela se transformará em um novo texto e terá que ser interpretada. Então, o Juiz de Primeira Instância vai interpretar a Súmula Vinculante nº 17, por exemplo, do mesmo modo que ele vai interpretar o Art. 3º e o Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Acho que isso terá um sentido profilático, porque vai permitir graus de certeza e de segurança maiores nas relações. Mas, seguramente, isso não vai sopitar a criatividade do Juiz de Primeira Instância. Não podemos nos esquecer, não se interpreta somente o texto, interpretam-se os textos e os fatos, e, num determinado fato, aquela súmula vinculante não se aplicará e assim por diante. Não tenho dúvidas com relação a isso.



O Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida e o Ministro Eros Grau

No dia 16 de setembro de 2005, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, esteve em Belo Horizonte para participar das solenidades da Semana do Ministério Público, ocasião em que também foi agraciado com a Medalha de Mérito do Ministério Público pelos seus relevantes serviços prestados ao País.

O Promotor de Justiça Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça, Renato Franco de Almeida, acompanhou o ilustre Ministro durante todo o evento e, em nome do MPMG Jurídico, realizou uma entrevista com exclusividade para os nossos leitores. Vários temas de interesse institucional foram destacados pelo Ministro, entre eles, o Poder Judiciário, a ideologia das políticas públicas perante a Constituição, Teoria Geral do Direito e Súmula Vinculante.

3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 A inconstitucionalidade das restrições à concessão da tutela antecipada na Ação Civil Pública em face do Poder Público

Marina Kattah
Acadêmica de Direito

O instituto da tutela antecipada, na ação civil pública ajuizada em face do Poder Público, sofre restrições à sua concessão, previstas nos artigos 1º e 2º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992. Aquele dispositivo veda o deferimento da antecipação da tutela, quando providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança, em virtude de vedações legais; enquanto o artigo 2º impõe que, quando cabível a antecipação de tutela, deve ser ouvido o representante da Fazenda Pública do respectivo ente federativo, em 72 (setenta e duas) horas, impossibilitando-se, assim, o deferimento de medida liminar em face do Poder Público.

Entretanto, é flagrante a inconstitucionalidade das restrições supra, porquanto violam os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, da efetividade do processo, da isonomia e, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana.

No tocante ao princípio da efetividade, a mera aplicação de tais artigos implica um retorno à unidade teleológica tradicional, eis que ignora os escopos social e político da jurisdição.

É notória a idoneidade da ação civil pública para o alcance da paz social, sobretudo quando aliada à tutela antecipada, em decorrência da intensa litigiosidade interna dos grupos nela contidos e do relevante valor social dos interesses que visa proteger. A ausência de tutela desses interesses, por serem tão “sentidos” pela sociedade, recrudesceria a descrença no Poder Judiciário, contribuindo, desse modo, para o enfraquecimento do Estado.

Ademais, a simples aplicação de tais artigos seria inócua ao restabelecimento da ordem jurídica e à reorganização da sociedade, eis que de nada adianta garantir a participação dos membros desta, intervindo no poder político do Estado, se lhes são subtraídos os meios para a efetivação de seus direitos.

Cumprir notar que as restrições em exame demonstram sua incongruência com os institutos da tutela antecipada e da ação civil pública, ambos fundamentados no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Em suma, a consideração isolada do escopo jurídico da

jurisdição viola a efetividade do processo e contraria a tendência atual de se alcançar os três escopos jurisdicionais.

No que tange à isonomia, transpareceu-se o tratamento discriminatório conferido em favor do Poder Público, presumindo-se que o interesse fazendário prepondera sobre os metaindividuais. Nesse aspecto, é de se destacar a relevância da tutela antecipada para a realização da isonomia, porque é uma forma de distribuir o ônus do tempo no processo.

E, finalmente, as mencionadas restrições configuram uma afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do qual emanam os direitos ao meio ambiente, à saúde, à educação, à integridade física, psíquica e moral de todos. São direitos que devem ser tutelados pela ação civil pública e pela tutela antecipada e que, em sua maioria, atrelam-se à qualidade de vida dos homens, sendo dever do Estado assegurar-los.

Ora, admitir que, entre o interesse fazendário e os direitos da personalidade, aquele deve prevalecer é dar azo a mais uma inconstitucionalidade das restrições em exame e eleger a proteção ao erário, em detrimento do direito à vida em sua plenitude.

Depois de tantas conquistas na evolução do Direito Processual Civil Coletivo, atreladas às ondas renovatórias e à valorização da pessoa humana, principalmente após a Constituição da República de 1988, admitir esse privilégio conferido ao Poder Público é um retrocesso inaceitável e uma negação aos valores da sociedade.

Estamos em uma nova era na qual mais importante do que a tutela de direitos é a da pessoa humana, de sua qualidade de vida.

Subestimar tantos princípios constitucionais e a imperiosa busca da preservação de tais direitos, em favor de interesse da Fazenda Pública, denota que a luta para a defesa da sociedade e contra os interesses políticos que maculam o processo é árdua. É forçoso que nós, operadores do direito, tenhamos uma mentalidade aberta não só às normas legais e aos fatos, mas aos valores que conferem os rumos da sociedade.

3.1.2 O Ministério Público e o combate ao nepotismo

Márcio Soares Berclaz

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

Assentado o caráter indisfarçavelmente normativo dos princípios que informam o regime jurídico-administrativo, este breve e singelo ensaio tem por escopo destacar a importância do engajamento e comprometimento do Ministério Público no combate à prática odiosa e nefasta do nepotismo no âmbito dos poderes constituídos, notadamente Poder Executivo e Poder Legislativo.

O nepotismo como experiência e rotina infelizmente comum nos mais diversos círculos de poder da Administração Pública, em síntese, consiste no favorecimento ou no beneficiamento de cônjuges, companheiros e parentes, dos mais diversos graus, privilégio que se concretiza mediante o provimento dessas pessoas no preenchimento dos denominados “cargos em comissão”.

Malgrado não haja vedação positiva expressa ao uso do patronato ou favoritismo nos termos indicados, forçoso reconhecer que a melhor e mais avançada hermenêutica está a indicar que a notória vulgarização do nepotismo viola e agride, de forma frontal e direta, os princípios da administração pública, notadamente os comandos normativos abstratos da moralidade administrativa, da impessoalidade e da isonomia, tal como inscrito no artigo 37 da Constituição Federal, podendo até mesmo configurar ato de improbidade administrativa, nos termos do regime próprio da Lei nº 8.429/92.

Assim, se ao Ministério Público, nos termos da nossa Lei Maior, compete promover a defesa da ordem jurídica e, sobretudo, zelar pela defesa do patrimônio público e pelo patrocínio dos interesses sociais, nada mais importante que os Agentes Ministeriais, no limite das suas respectivas atribuições, concentrem todo o seu empenho e talento para exigir que o ato administrativo de investidura de cargos em comissão respeite os princípios expostos no artigo 37, “caput”, da CF, sob pena de violação do núcleo de direitos público-fundamentais caros à atividade administrativa continuar sendo experiência nociva de uso indiscriminado, prática que, se não for problematizada, discutida e, sobretudo, provocada pelo “Parquet”, continuará distante da apreciação do próprio Poder Judiciário, a quem, em último grau, compete exercer o controle depurador dos excessos da Administração Pública.

Afinal, o espúrio beneficiamento de cônjuge, companheiro, demais parentes consanguíneos, afins ou mesmo de origem civil, até terceiro grau, no âmbito da contratação de servidores públicos comissionados caracteriza privilégio desarrazoado, injustificado e inconstitucional corporificando e materializando previsão de cunho “coronista” de outrora, própria de uma sociedade de castas diversa do substrato social que hoje tenciona dispor de agentes políticos e representantes probos e democráticos no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo.

E não se diga que o provimento do cargo em comissão pode se dar por “livre nomeação” do respectivo Chefe de Poder, uma vez que, a despeito do que prevê o artigo 37, II, da CF, tal dispositivo, ao invés de ser considerado de forma isolada como verdadeiro “cheque em branco” para o administrador público contratar e agregar os seus parentes aos mais diversos quadros públicos deve, ao contrário, ser “regra” compreendida à luz dos elevados e superiores “mandados de otimização”¹ que informam o agir administrativo. Vale dizer, a discricionariedade do administrador público na contratação de pessoal deve ser regulada, limitada e balizada pelos princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia, comandos que pelo seu “status” hierárquico-axiológico de cunho constitucional mostram-se auto-aplicáveis e imediatamente exequíveis, ostentando eficácia plena e independente de regulamentação legislativa superveniente lógica esta que retira, de forma peremptória e absoluta, a possibilidade de que o Ministério Público seja condescendente e permissivo com o alastramento da danosa prática nepotista no interior das demais esferas de poder, sob pena de desvirtuamento da missão constitucional e institucional do “Parquet”.

Com efeito, não se pode desconsiderar que a luta

contra o nepotismo revigorou-se em tempo recente, especialmente quando o Conselho Nacional do Ministério Público² e o Conselho Nacional de Justiça, em postura merecedora dos maiores encômios e aplausos da nação, assentaram e normatizaram a proibição e vedação da prática do nepotismo no âmbito de suas respectivas instituições exemplo modelar que, por simetria e paralelismo, deve ser seguido e rigorosamente respeitado pelos demais poderes e instituições existentes em todos os níveis da federação, uma vez que os poderes, apesar de independentes, devem ser, sobretudo, harmônicos entre si, constatação que impõe a observância de controle e fiscalização recíproca entre as funções estruturais do Estado, tudo sob a perspectiva do regime de “freios e contrapesos” próprios do tensionamento de forças do Estado Democrático Direito preconizado pelo artigo 1º da Carta da República.

Como se vê, motivos não faltam para que o Ministério Público adote e empunhe com bravura e energia, de uma vez por todas, a bandeira de luta contra o nepotismo na Administração Pública, justamente porque a leitura principiológica e sistemática do nosso ordenamento jurídico autoriza concluir que o ato administrativo de investidura que traduz nepotismo guarda vício intrínseco insanável por implicar na presumida satisfação de interesses pessoais em detrimento da necessidade de respeito do interesse público forjado na exigência de que haja moralidade na composição do patrimônio humano que integra a estrutura administrativa.

Portanto, a investidura no cargo em comissão de pessoa que ostente parentesco com qualquer dos sujeitos que detêm parcela do poder constituído no âmbito do ente federado, o que, inclusive, abrange até mesmo a vedação do nepotismo “cruzado” entre órgãos públicos, deve ser alvo da atuação institucional prioritária do Ministério Público, pois é só assim que a prática injustificada e imoral do patronato, aos poucos, será neutralizada e, quiçá, definitivamente extirpada do poder público.

Ademais, a proibição da contratação de parentes é medida pertinente capaz de trazer inúmeras outras vantagens ao Estado brasileiro, tais como reduzir focos de clientelismo, atenuar concessão de favores pessoais ilegais, restringir a excessiva politização e negociata no provimento de cargos públicos em comissão, incrementar a política de incentivo ao funcionalismo de carreira e, por último, reforçar o combate à corrupção endêmica que insistentemente assola e assombra a Administração Pública.

Pavimentando a via de conclusão, importante registrar que a atuação do Ministério Público no combate ao nepotismo deve ser tanto preventiva quando repressiva, podendo começar pela pura e simples emissão de recomendação administrativa indicando a necessidade de abstenção na contratação e imposição da exoneração de eventuais servidores enquadráveis nas hipóteses de nepotismo, sem prejuízo de que, inobservada tal orientação, seja imperativo o ajuizamento e promoção de ação civil pública, a fim de que a observância compulsória dos princípios constitucionais da Administração Pública seja uma realidade concreta no nosso ordenamento jurídico. Em nossa modesta compreensão e ponto de vista, é isto que a sociedade espera do Ministério Público. Chega de nepotismo!

Notas:

¹ Expressão tão bem cunhada por ROBERT ALEXY.

² O Conselho Nacional do Ministério Público, de forma pioneira e vanguardista, aprovou, em 05/09/05 resolução que coibe a prática do nepotismo no âmbito da União e dos Estados. O Conselho determinou a exoneração, em 60 dias, de parentes, com laços de até terceiro grau, de procuradores e promotores que estejam ocupando cargos comissionados.

3.1.3 Novos paradigmas do STF sobre a pertinência subjetiva no controle concentrado de Constitucionalidade



Lucas Danilo Vaz Costa Júnior

Embora pareça paradoxal falar-se em pertinência subjetiva em processo objetivo, cujo predicado maior é exatamente a ausência de partes, certo é que a CR/88, em seu art. 103, conferiu a determinados órgãos e pessoas a legitimação ativa para inaugurar a ADI, por ação e por omissão, bem como para a ADC. A *ratio constitutionis* disso é que o STF, conquanto ostente a magna condição de *Guardião da Constituição*, é órgão de cúpula da estrutura do Poder Judiciário e, bem por isso, no exercício de sua função precípua, é inerte, sujeitando-se, pois, ao princípio do pedido.

Na integração desse rol de legitimados para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, encontram-se o partido político com representação no Congresso Nacional (CR, art. 103, VIII) e também a entidade de classe de âmbito nacional (CR, art. 103, IX).

Em relação ao primeiro, o STF vinha consolidando o entendimento segundo o qual o partido político que, depois de manejada a ADI, ou até mesmo a ADC, perdesse a representação no Congresso Nacional perderia também a legitimação ativa na jurisdição constitucional concentrada.

Significa dizer, então, que o STF exercia o controle da representação partidária nos quadros parlamentares federais durante todo o processo objetivo de controle de constitucionalidade, de modo que a perda superveniente da bancada parlamentar acarretava o reconhecimento da ilegitimidade ativa da agremiação partidária, o que levava o feito à extinção, sem exame do mérito, por carência. Sob esse fundamento, inúmeras ADI's não chegaram a ter exame de constitucionalidade¹.

Todavia, o STF reviu seu posicionamento ao apreciar o agravo regimental interposto pelo Partido Social Liberal na ADI n. 2159/DF, decisão publicada em 24.08.2004, e passou a entender que a legitimação ativa deve ser aferida *initio litis*, em razão do princípio da estabilização da demanda.

De extremo acerto essa mudança de posicionamento. Isso porque é no momento da proposição de uma ADI, por exemplo, que se instaura a relação processual objetiva entre o legitimado constitucional e o Guardião da Constituição, pela qual este último deve examinar a parametricidade da lei ou ato de conteúdo normativo atacado pelo primeiro diante do texto constitucional.

Dessa forma, a aferição da legitimidade ativa das agremiações partidárias na jurisdição constitucional deve mesmo ser feita tão logo proposta a ação, sendo irrelevante a perda superveniente de representação no Congresso Nacional.

À guisa de comparação, se continuassem prevalentes os fundamentos subjacentes ao entendimento anterior do STF, poder-se-ia chegar ao absurdo, por exemplo, de se julgar carente uma ADI proposta pelo Presidente da República no final de seu segundo mandato, se este, quando do julgamento, já não mais exercesse o cargo que o legitimou ativamente para a jurisdição constitucional concentrada.

Lucas Danilo Vaz Costa Júnior

Bacharel em Direito

Oficial do Ministério Público

Observa-se que o anterior posicionamento do STF afastava os pequenos partidos da cena política do país, impedindo-os do exercício de seu poder-dever de zelar pela integridade jurídica da Constituição da República.

Nessa perspectiva, a alteração de entendimento reforça a atuação dos partidos políticos como legitimados na jurisdição concentrada, indo ao encontro do que pontuou o Min. Gilmar Mendes² ao afirmar que “*não são numericamente significativas as ações propostas pelas organizações partidárias. É verdade, porém, que muito dos temas mais polêmicos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato, foram trazidos mediante iniciativa dos partidos políticos*”.

Outra significativa alteração interpretativa na jurisdição constitucional ocorreu em relação à legitimidade ativa das associações de classe de âmbito nacional (CR/88, art. 103, IX).

Até tempos recentes, a jurisprudência então dominante no STF³ desqualificava para a iniciativa da ADI as ditas “associações de associações”, entendidas estas como as que congregam exclusivamente agremiações, nas quais se filiam os membros de respectiva categoria social.

Depois de muita relutância, quando da votação do agravo regimental na ADI 3153/DF⁴, a Corte Suprema reapreciou a matéria, passando a admitir referidas entidades como partes legítimas à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ação ou omissão, e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Entendeu o STF que o conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito.

Assim, considerou-se também como entidade de classe de âmbito nacional aquela na qual se reúnem associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe.

A nosso aviso, providencial e, por isso mesmo, digna de aplausos essa pontual revisão de posicionamento do Pretório Excelso, sem a qual, por exemplo, a CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - não seria considerada parte legítima, como de fato o foi, na propositura da ADI n.º 2797⁵, cujo resultado foi a declaração de inconstitucionalidade da malfadada Lei 10.628/02, que, ao reformar o art. 84 do CPP, estendeu o foro por prerrogativa de função, tanto nos crimes comuns como nos de responsabilidade, aos integrantes do alto escalão do governo em inquéritos e ações iniciadas depois que eles deixarem a Administração Pública.

Enfim, parece ter se apercebido o STF de que restringir a interpretação da pertinência subjetiva além das limitações impostas pelo próprio texto constitucional acarreta um indistigável desprestígio ao mecanismo de controle constitucional abstrato, por diminuir-lhe a eficácia.

Notas:

¹ A respeito, vide as ADI's de n. 2034/GO, 2060/RJ, 2070/DF, 2613/DF, 2735/RJ

² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 80.

³ Vide ADI n. 1.402/DF; ADI n. 1.159 e também ADI n. 1.580.

⁴ Vide Ag. Reg. na ADI N. 3.153-DF, relator p/ o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence

⁵ Vide ADI 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

3.1.4 Repercussão geral: novo juízo de admissibilidade do recurso extraordinário



Mario Rubens Cantalice

Mario Rubens Cantalice

Bacharelado em Direito Universidade de Itaúna

Estagiário do Ministério Público – Assessoria Especial do Procurador-Geral de Justiça

No dia 8 de dezembro de 2004, data comemorativa do Dia Nacional da Justiça, o Congresso Nacional, após treze anos de tramitação, promulgou a Emenda Constitucional n.º 45, chamada “Reforma do Judiciário”, que inseriu mudanças em sua estrutura.

Dentre as supracitadas mudanças, houve a introdução de um novo requisito de admissibilidade recursal, ante sua regularidade formal. Trata-se da necessidade de, no recurso extraordinário, demonstrar a repercussão geral da contenda constitucional impugnada.

Art. 102, § 3º da CF - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Antes de maiores considerações, é pertinente tecer alguns comentários acerca do recurso extraordinário.

O Recurso Extraordinário é a medida processual colocada à disposição das partes, a fim de que elas possam impugnar um dado pronunciamento, que lhes tenha causado prejuízos. O dito recurso realiza um controle de constitucionalidade por via difusa, por tratar-se de um procedimento incidental.

Mediante recurso extraordinário, compete ao STF, guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, julgar demandas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Lei Maior; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A par da discussão doutrinária acerca de qual seria o objetivo do recurso extraordinário, adverte o Dr. Castellar Modesto Guimarães Filho:

Não objetiva o recurso extraordinário, pois, a justiça ou injustiça na decisão, sob o ponto de vista do fato. Conquanto seja árdua, não poucas vezes, estreimar a questão jurídica da de fato, é certo que esta é a que se relaciona à substância, à

constituição material do que se aceita ou nega e que repousa, por excelência, na prova. A questão de fato não é, pois, objetivo do recurso extraordinário¹.

Não é demais afirmar, que a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 restaurou, *mutatis mutandis*, a redação utilizada sob a égide da Constituição de 1967, consoante da Emenda Regimental do Supremo Tribunal Federal, n.º 3, de 12 de junho 1975, a qual alterou o art. 119, inc. III, parágrafo único da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, alterando o regime do recurso extraordinário à época, com a instituição da “arguição de relevância da questão federal”.

Na verdade, em sua essência, o preceito substitui a antiga arguição de relevância, prevista na Constituição Federal revogada, sob nova nomenclatura: “repercussão geral da questão constitucional”.

Tal dispositivo passa a vigorar como uma espécie de filtragem com vista a diminuir a demasia de recursos extraordinários, ante a perplexidade causada na comunidade jurídica em razão do exagerado número de recursos extraordinários, muitos deles sem relevância qualquer, concernente aos seus temas apresentados.

A título de ilustração, em 1996, o Supremo Tribunal Federal recebeu 9.265 (nove mil duzentos e sessenta e cinco) recursos extraordinários, enquanto no ano de 2003, foram recebidos 44.478 (quarenta e quatro mil quatrocentos e setenta e oito) recursos extraordinários. Chegou-se ao absurdo de o STF, através de um Recurso Extraordinário, ser obrigado a decidir sobre a propriedade de um bode.

Essencialmente, a novidade apresenta um problema: o excesso de subjetivismo que cerca a admissão dos recursos. Ao se impor, como um novo juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral concede aos magistrados uma liberdade ilimitada, calcada apenas no seu juízo pessoal sobre o tema.

Não se pode ignorar as dificuldades que cercam a delimitação daquilo que seja relevante. Devem-se, portanto, estabelecer formalmente os temas que virão a ser relevantes.

A criação de critérios objetivos para se admitir as contendas constitucionais impugnadas faria com que o próprio recorrente pudesse prognosticar as chances do mérito de sua questão ser apreciada em sede de recursos de índole extraordinária.

Nota:

¹ GUIMARÃES FILHO, Castellar Modesto, *Prática do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial*. Belo Horizonte: Cartilha de junho de 1994. Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

3.1.5 A lei de licitações e a possibilidade de doação de bens móveis públicos a entidades privadas. Inteligência do art. 17, II, “a”.

Luciana Teixeira Guimarães Christofaro¹

Técnica do Ministério Público

A doação pela Administração Pública de bens móveis inservíveis de sua propriedade, demonstradas a oportunidade e a conveniência sócio-econômica ao interesse público, *a priori*, poderá ser efetivada, uma vez que a Lei de Licitações a autoriza de forma expressa, **desde que para fins e uso de interesse social**. Como, por óbvio, não se admite liberalidade à custa do patrimônio público, a regra legal impõe à Administração que verifique se a doação consiste na melhor opção, até mesmo para que se evite a manutenção de concepções paternalistas acerca do Estado.

Pode-se dizer que a idéia de interesse social está contida na conceituação jurídica de interesse público, como sendo aquele interesse próprio a beneficiar a coletividade em geral ou categorias sociais de amparo específico do Poder Público, já que, em última análise, é o bem social o objetivo precípuo que deve ser perseguido pela Administração.

Ressalte-se que o interesse social não é o interesse da

Administração, mas sim o dos administrados. Em sendo assim, o “interesse social” a que clama a Lei n.º 8.666/93, em seu art. 17, inciso II, alínea “a”, se confunde com o “interesse da comunidade administrada”. Nos dizeres do professor Hely Lopes Meirelles³:

Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade

Dessa forma, fica fácil perceber que o ato administrativo atenderá ao interesse social não somente quando se referir a pessoas jurídicas de direito público, mas também se voltado a instituições dedicadas à realização de ações de natureza beneficente, como, por exemplo, instituições não-governamentais ou sócio-filantrópicas.

Caso o legislador assim não entendesse, deixaria explícita a restrição, como o fez ao disciplinar a doação dos bens imóveis na alínea “b” do inciso I do mesmo artigo 17, registrando ser a mesma “*permitida exclusivamente para outra órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo*”, exigência não estendida à doação de bens móveis.

A Constituição da República Federativa do Brasil o consagra como Estado Democrático de Direito, assegurando, fundamentalmente, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e possuindo como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização. A interpretação da legislação existente deve amoldar-se às normas constitucionais. É imperativo que o legislador atue para atender às urgências sociais. A interpretação mais favorável à igualdade social deve prevalecer.

A Lei de Licitações não pode se apresentar como proibitiva de doações a pessoas carentes e entidades que centram suas propostas na questão social, e que ficam, por esse motivo, descobertas de materiais, mobiliários e equipamentos

para o desenvolvimento de seu trabalho. Que se tenha em mente que os bens a serem doados são inúteis ao patrimônio administrativo, mas não o são ao das instituições donatárias, que os utilizarão em favor do atendimento ao interesse público a que se destinem.

Optando-se pela interpretação contrária, vedando a doação às instituições privadas sem fins lucrativos, a Lei de Licitações seria um entrave à solução de problemas da comunidade que poderiam ser resolvidos pelo Estado, sem ônus, e que essas entidades, voltadas para atividades de relevante valor social, tentam contornar.

Feitas essas considerações, a conclusão inarredável a que se chega é que a Administração poderá alienar bens móveis de sua propriedade por meio da doação, exclusivamente para fins e uso de interesse social (leia-se: interesse da comunidade administrada) e restando demonstradas a conveniência e a oportunidade sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação, **tanto para as entidades públicas quanto para as privadas**, nos termos do art. 17, inc. II, “a” da Lei n.º 8.666/93, dispensado o procedimento licitatório.

Notas:

¹ Pós-graduada em Controle Externo PUC-MG, em convênio com o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

² Lei 8.666/93 - “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I (...); II quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;” (...)

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, p. 81.

3.1.6 Contratação temporária e a usual quebra do concurso público

Marcos Pereira Anjo Coutinho

8º Promotor de Justiça de Betim

A observância dos princípios jurídicos constitui elemento primordial num Estado de Direito, deles nascendo a legitimidade de todas as regras integrantes do ordenamento.¹

O princípio democrático, insculpido logo no artigo 1º da Carta Política de 1988, não é figura constitucional alegórica, tampouco representa mero instrumento impositivo e regulador das eleições. Traz em si, ao contrário, enorme carga de valor que condiciona e vincula a atuação do Administrador Público.

Contra uma limitada expressão do regime democrático é que se concebe a denominada *democracia de funcionamento ou operacional*:

A partir da metade da década de 50 do século XX começa a surgir a preocupação com uma democracia mais completa, com a democracia que transpõe o limiar da eleição de representantes políticos para expressar-se também no modo de tomada de decisão dos eleitos. Emergiu a idéia de que o valor da democracia depende também do modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas. Verificou-se que havia, com frequência, grande distanciamento entre as concepções políticas de democracia vigentes num país e a maneira com que ocorriam as atuações da Administração (...) Passou a haver, então, uma pregação doutrinária em favor da **democracia administrativa**, que pode ser incluída na chamada democracia de funcionamento ou operacional (...) Isso porque, o caráter democrático de um Estado declarado na Constituição deve influir sobre o modo de atuação da Administração, para repercutir de maneira plena em todos os setores estatais.²

Inspira o princípio democrático, nessa linha, não apenas a participação popular na gestão pública, mas também a oportunização do acesso popular ao exercício dos cargos, funções e empregos públicos, expurgando-se a escolha arbitrária ou indecifrável dos servidores pelos administradores do Poder.

A importância do concurso público decorre, assim, do seu magno valor democrático.³

Ultrapassado o princípio fundamental do Estado brasileiro, sem esquecer a direta influência dos princípios da isonomia material, moralidade e competição, observa-se que o constituinte, não satisfeito, estruturou o concurso público como **princípio setorial** da Administração Pública: **artigo 37, inciso II**⁴, como forma de preservar o sistema de mérito e a impessoalidade.

Portanto, a regra geral para a seleção dos servidores, em clareza diamantina, é o concurso público:

Há obrigatoriedade da aprovação prévia em concurso público, que vem a ser um certame seletivo de provas ou de provas e títulos, indispensável para qualquer investidura em cargo e emprego público, sem exceções, salvo as previstas na própria Constituição. É a institucionalização do sistema de mérito e a sacralização da impessoalidade na admissão de servidores públicos.⁵

Contrariando a Constituição da República, todavia, muitos Administradores Públicos excepcionam a realização dos concursos públicos e vulgarizam as contratações temporárias.⁶

Não é relevante, no trabalho em foco, procurar minuciosamente as causas ou raízes desse mal, registrando-se apenas que a experiência empírica tem demonstrado que, além da habitual vontade consciente (e criminosa⁷) de se quebrar a impessoalidade administrativa, em práticas clientelistas típicas, muitas contratações temporárias ilícitas são também celebradas em decorrência do torto raciocínio de que uma suposta eficiência justificaria a quebra de quaisquer obstáculos, incluindo-se aí a legalidade e a moralidade administrativa.

Explica-se: com perigosa frequência, muitas contratações temporárias têm existido, especialmente para a essencial e permanente função pública médica, motivadas pela justificativa de que decorreriam de convênios realizados com outros entes da federação, asseguratórios da eficiência econômica na gestão do contratante.

Perversa lógica essa, que fomenta a inércia do Administrador no obrigatório dever de estruturar os cargos públicos de natureza permanente e essencial, deixando de suprir tais necessidades em prol de uma pseudo-eficiência gerencial, que nenhuma estabilidade traz à prestação dos relevantes serviços públicos, sacrificando, como já afirmado, uma gama substancial de princípios constitucionais.⁸

Em harmonia constitucional, a doutrina é uniforme ao ensinar que:

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados no topo dos princípios que devem conduzir a função dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais.⁹

O princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriado este último, nunca se justificando atuação administrativa contrária ao direito.

Não se deve esquecer que o Direito administrativo deve garantir simultaneamente os interesses gerais e os direitos e interesses individuais, não sendo razoável seu abandono em prol da sacralização de uma lógica eficiente, que não consegue ver na legalidade pública outra coisa senão insuperáveis obstáculos que devem ser eliminados a todo custo.¹⁰

É preciso ter em mente que o instituto da **contratação por tempo determinado**, é, por excelência, um importante instrumento para a satisfação de necessidades públicas

efêmeras e de excepcional interesse público, visando, apenas, por vontade constitucional, assegurar o princípio da continuidade do serviço público, a implementação imediata de uma determinada atividade, enquanto se realiza o correlato concurso público, ou tutelar os casos de calamidade pública.¹¹

Importante precedente do **Supremo Tribunal Federal** merece destaque:

O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros¹².

Além disso:

Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes¹³.

E a congruência permanece no exame jurisprudencial dos demais Tribunais brasileiros:

Se a necessidade de contratar da Administração não é temporária, nem resulta de circunstâncias especiais, mas é permanente e resulta da necessidade rotineira do serviço, o que é evidenciado pelas sucessivas prorrogações de contratações que deveriam ser temporárias, é inafastável a exigência constitucional de concurso público. Desrespeitada a exigência, deve ser cominada a nulidade prevista no art. 37, §2º, da Constituição.¹⁴

Dessa forma, é imperiosa a conclusão da lesividade decorrente das contratações temporárias ilícitas, sendo crucial o dever de combatê-las.

Suas eliminações contribuem para a redução da deletéria prática clientelista, devolvendo a máquina administrativa aos braços do real interesse público, certo de que é ao povo que a Administração Pública pertence.

Por outro lado, também fomentam a gestão administrativa democrática, obediente à Lei e ciente da importância da estruturação adequada da máquina pública, mediante o provimento constitucional dos cargos relativos às funções e atividades permanentes e essenciais.

Notas e referências bibliográficas:

¹ Atribui-se a **Celso Antônio Bandeira de Mello**, em simpósio administrativo, buscando didaticamente simbolizar a supremacia dos princípios sobre as regras, a singular assertiva: 'acreditar em uma regra, mas não respeitar um princípio é como rezar para Virgem Maria, mas não acreditar em Deus'.

² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 8ª edição. São Paulo: Editora RT, p. 27.

³ O concurso público tem origem na França napoleônica e, a princípio, trouxe contra si ferozes inimigos, que foram sendo eliminados, posteriormente, em virtude da natureza democrática desse expediente. (CRETILLA JUNIOR, José. **Dicionário de Direito Administrativo**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 118).

⁴ **Art. 37, caput, da Constituição da República**: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2005. p. 293.

⁶ **Art. 37, IX, da Constituição da República**: A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

⁷ Por exemplo, no âmbito municipal, o Decreto-Lei 201/67, artigo 1º, inciso XIII.

⁸ São lesionados os princípios democrático, da legalidade, da igualdade, da impessoalidade, da moralidade e do concurso público.

⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro citando o Professor espanhol Jesús Leguna Villa - **Parcerias na Administração Pública**. 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., p. 299.

¹⁰ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Obra citada. p. 300.

¹¹ “A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, “necessidade temporária”), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse comum que se tem de acobertar.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 253-254.).

¹² STF; ADI 2.364-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/12/2001.

¹³ STF, ADI 2.987, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/04/2004.

¹⁴ TJMG, Apelação cível nº 000.263.180-4/00, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Comarca de Mesquita, Rel. Des. Maria Elza, j. 16.05.2002.

3.1.7 Cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Ato Normativo Concreto de Efeitos Reflexos Gerais

Anna Flavia Lehman Battaglia

Técnica do Ministério Público

Mestre em Direito Tributário pela UFMG



Anna Flavia Lehman Battaglia

Ao tratar do tema em sua obra *Direito Processual Coletivo Brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2003), o ilustre processualista Gregório Assagra de Almeida, classificando o controle concentrado da constitucionalidade como objeto material do direito processual coletivo especial, afirma, *in verbis*:

“Não se pode esquecer que as ações que visam tutelar o controle em abstrato da constitucionalidade são ações

coletivas por excelência; não há que se falar nessa espécie de tutela constitucional, quando esteja em jogo mero interesse individual puro, até porque a norma jurídica de regra é abstrata e visa atingir uma coletividade de pessoas, identificáveis ou não.

Se existente norma jurídica que vise atingir somente pessoa determinada, ou determinada situação ou situação jurídica concreta, essa existência somente tem razão de ser no plano da concretude, motivo pelo qual deve ser tutelada por ação individual, sem a necessidade do seu prévio controle abstrato no que tange à sua constitucionalidade, salvo, v.g. se essa norma de caráter individual conceder determinados benefícios a uma só pessoa, em detrimento de uma comunidade de pessoas indeterminadas. (Não grifado no original)

Em determinadas oportunidades, tanto o STF quanto o TJ/MG já se manifestaram no sentido da inviabilidade da sujeição de norma de efeitos concretos ao controle concentrado de constitucionalidade, sob o fundamento de que a ação direta não se presta *ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei (...) porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato*¹. Segundo esse entendimento, *a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o (...) para o controle normativo abstrato*².

Em todas as situações em que estes Tribunais não conheceram das ações diretas por entendê-las incabíveis, pode-se identificar, de fato, a presença de efeitos meramente concretos, não possuindo os atos levados à apreciação das respectivas Cortes quaisquer efeitos que alcançassem interesses outros que não meramente particulares, individuais, não se revelando, assim, o cabimento de uma ação coletiva.

Entretanto, é possível identificar em certos atos que possuem, a princípio, destinatários certos, efeitos gerais, na medida em que, ao modificarem o direito de determinadas pessoas, acabam por atingir o direito de diversos outros indivíduos, indeterminados, e não apenas o direito dos indivíduos a que se destinam as normas num primeiro momento.

É o que ocorre, por exemplo, no caso de uma lei que permita ao poder público transacionar judicialmente grande quantia em dinheiro com particular de quem seja devedor, e, conseqüentemente, permita a desistência da ação e pagamento imediato do particular interessado, o que implica violação da ordem cronológica de pagamento de precatórios (artigo 100 da CF/88 e artigo 163 da CE) e atinge o interesse de um universo de pessoas indeterminadas que sejam ou se tornem credores do Estado, submetidas à ordem de pagamento estabelecida constitucionalmente.

Em casos como o relatado acima, pode-se afirmar que o interesse desses indivíduos indeterminados, atingido pela norma que, originalmente, pretenderia ter efeitos meramente concretos, seria interesse objetivo coletivo legítimo passível de proteção através de ação direta de inconstitucionalidade, que, conforme as lições do já citado Prof. Gregório Assagra de Almeida, pertence ao rol das ações objeto do direito processual coletivo especial.

Veja-se que, nessas hipóteses, o objeto da ação não deve tratar da situação específica referida na norma, mas, efetivamente, seu controle em abstrato. O que deve ser objeto da ADI é o interesse coletivo objetivo legítimo relativo à prevalência de norma constitucional sobre norma inferior que proteja interesse particular privado.

Com estas considerações, impende afirmar que a leitura da jurisprudência do STF e do TJ/MG acerca da impossibilidade do ajuizamento de ADI para questionar norma de efeitos concretos deve ser feita de forma cuidadosa. Em situações nas quais se vislumbre o cabimento de uma ação coletiva qualquer, certamente o cabimento da ação direta é inquestionável, não podendo as Cortes Constitucionais se furtar à sua função primordial de guardiãs da Lei Maior em suas respectivas esferas de competência, sem prejuízo do cabimento da ação civil pública aplicável ao caso, para a proteção do direito subjetivo porventura atingido.

Indispensável afirmar-se, ainda, que o controle de constitucionalidade trata-se de garantia do Estado Democrático de Direito, não podendo, assim, ser interpretado de forma restritiva.

Notas:

¹ ADI n.º 647, Relator Min. Moreira Alves, DJ 27/03/92, p. 3801

² ADI 842, Relator Min. Celso de Mello, DJ 14/05/1993, p. 9002

3.1.8 Um novo modelo para o serviço público de saúde

Leonardo Tibo Barbosa Lima

Advogado. Especialista em Direito Público pela UGF/RJ. E-mail: leotibo@nwnet.com.br

I-INTRODUÇÃO

No contexto brasileiro, o serviço público de saúde padece, em analogia ao vocabulário médico, de uma “infecção generalizada”, e, por isso mesmo, depende dos mais diversos esforços para promover sua recuperação. Entretanto, a responsabilidade pelo caos na saúde pública vem sendo “empurrada” de um ente federativo para outro, numa hierarquia, que mais se poderia chamar de uma cascata, de desserviço à população.

Boa parte dos Municípios brasileiros sequer possui um único hospital, motivo pelo qual não é raro que pacientes desloquem-se e até se instalem, por dias e meses a fio, submetendo-se a tratamento em municípios vizinhos ou mais distantes de suas origens, o que contribui para sufocar e estrangular, ainda mais, o sistema de atendimento. Isso denota falta de uma gestão adequada na distribuição de recursos humanos, de leitos e de medicamentos, de acordo com as carências de cada município, mas que é fruto de problema de ordem normativa maior, como adiante se verá.

Se de tal outro modo se viesse a proceder, certamente que os recursos financeiros, que bancam os custos da saúde pública, seriam mais bem aplicados, quiçá até mesmo suficientes, para suportar a demanda, a par da evidente possibilidade de suavizar o próprio tratamento de quem dele necessite.

Outro grave problema, que, de certa forma, como se de um efeito colateral se tratasse, decorre da municipalização da Saúde, por via do Sistema Único SUS -, reside hoje no acirramento das disputas políticas, sobretudo e mais uma vez nos municípios menores, onde se disputam, em verdade, a um só tempo, poder, votos, doentes, medicamentos e recursos do SUS. A vítima é sempre o eleitor-paciente, o povo, muitas vezes colocado diante de hospitais sem médicos, sem equipamentos e até fechados. É algo que merece reflexão.

Contribuir para a prestação do serviço público de saúde, com vistas a torná-lo eficiente, também é tarefa do cientista jurídico, consciente hoje de que o Direito é, e sempre haverá de ser, uma ciência social aplicada.

No presente artigo, ainda que de forma breve, busca-se apresentar um novo modelo estrutural para o fornecimento do serviço de saúde pública, que atenda à realidade do sistema como um todo, a bem de promover a democratização do direito à saúde, que, em suma, é o direito à vida, pensando, sobretudo, na população carente, usuária mais freqüente do serviço público de saúde.

II- CONCEITOS

A elucidação dos conceitos operacionais, usados como sustentáculos das idéias aqui expostas, é imprescindível e se dará de forma individualizada.

2.1 Do Direito à Saúde

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado, conforme o estatuido no artigo 196 da Constituição Federal, direito este que, na lição de Kildare Gonçalves, deverá ser compreendido de forma ampla:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional

brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras. (GONÇALVES, 2005, P. 816-817).

A medicina curativa será aqui compreendida de forma igualmente ampla, incluindo-se o tratamento ambulatorial, as intervenções cirúrgicas e tudo mais quanto seja necessário para atuar no combate à enfermidade, tão logo seja esta diagnosticada.

2.2 Do Princípio da Proporcionalidade

Muito embora inexista, de forma expressa, na Constituição Federal de 1988, o princípio da proporcionalidade faz parte da lógica e da própria principiologia constitucional, fazendo com que sua ideologia permaneça integrada à essência das normas constitucionais. Quando se fala a respeito desse princípio, é imperioso citar-se o festejado Professor Paulo Bonavides:

Tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Européia, já não vacilam em fazer uso freqüente desse princípio. A doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição” (BONAVIDES, 2004, p. 396).

2.3 Igualdade Material x Igualdade Formal

Para a compreensão do tema, urge relembrar a diferença entre a igualdade formal, sendo esta a decorrente da letra da lei, e a material, que se traduz como sendo a igualdade de fato, da concretização do que manda e quer a lei, em que se busca igualar os desiguais, em respeito às suas desigualdades, conforme outrora nos foi ensinado pelo saudoso jurista Rui Barbosa, não se olvidando, ainda, os ensinamentos da douta conterrânea Carmen Lúcia Antunes Rocha, dos quais ora se socorre, para enfatizar a importância da aplicabilidade do princípio:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõe o sistema jurídico fundamental (ROCHA, 1990, pág. 118).

III - A DESCENTRALIZAÇÃO DESPROPORCIONALIZADA

A prestação do serviço público de saúde é realizada de forma descentralizada, de maneira que cada ente possua as mesmas competências em seu respectivo território, integrando uma rede regionalizada e hierarquizada através de um sistema único (art. 198).

Calha fazer uso das palavras do douto Kildare Gonçalves:

O serviço público de saúde será organizado, formalmente, com um sistema único. Quer isto significar que não mais haverá a difusa administração da matéria na esfera da União (que implicava, por absurdo, na existência de dois ministérios e um sem-número de órgãos federais atuando no setor), nem a dispersão e superposição de órgãos e atribuições em esfera estadual e municipal. Sendo único, o sistema deverá possuir um específico modelo de relações entre o todo (o que dá unidade ao conjunto de órgãos, sujeitos a atribuições) e as partes que o integram. (CARVALHO, 2005, p. 817.).

Destarte, a União, Estados e Municípios são igualmente responsáveis, v.g., pelo combate de epidemias, campanhas de vacinação, administração e custeio de hospitais, contratação de médicos e pelo fornecimento de medicamentos (art. 200). Acrescenta GONÇALVES que:

A Constituição prevê um regime de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, que devem concorrer para incrementar o atendimento à saúde da população. Cada uma dessas esferas de governo, que deve agir em concurso e de forma solidária, uma suplementando a outra, tem sua competência administrativa estabelecida na Lei nº 8.080/90. (CARVALHO, 2005, p. 817.).

A adoção do princípio da descentralização, como diretriz do sistema público de saúde, é magnífica e essencial. Todavia, a Constituição peca por não promover a descentralização à luz do princípio da proporcionalidade. No nosso modelo federativo, não há igualdade material entre os entes e, por isso, competências semelhantes jamais serão exercidas com semelhante eficácia entre os entes.

Citando Pierre Muller, Paulo Bonavides destaca que:

Numa dimensão menos larga, o princípio da proporcionalidade se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios que são levados a cabo.

Nesta última acepção, entende Muller que há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre os meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta. (BONAVIDES, 2004, p. 393).

Para que o serviço público de saúde torne-se eficiente e eficaz, no cumprimento de sua finalidade, é preciso organizar a distribuição das competências para a sua execução, de forma proporcional, fazendo com que cada ente fique responsável por uma parcela de poder que possa realmente ser exercido.

Em verdade, os Municípios mais pobres não conseguem prestar adequadamente com eficiência e eficácia - a parcela do serviço público de saúde que lhe foi atribuída e apenas "repassam" o problema para outros Municípios mais ricos, para o Estado e para a União, como já ficou antes assinalado.

Ainda que sejam fixadas porcentagens mínimas do orçamento, para o financiamento do serviço público da saúde (nos termos da LRF), especialmente no caso dos Municípios, o montante por vezes será pequeno em relação às necessidades daquele serviço. Ora, qualquer hospital, seja em um Município de um milhão de habitantes, seja em um de cinco mil, precisará de um aparelho de raio X, de um bloco cirúrgico, de médicos e de enfermeiros, para funcionar; e isso tem um custo muito

elevado.

O problema da desproporcionalidade na distribuição da competência para execução da prestação do serviço público poderia ser amenizado, através de um novo modelo estrutural, o qual será apresentado a seguir.

IV - UM NOVO MODELO PARA O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

Insta ressaltar que o modelo aqui proposto refere-se tão-somente à competência para execução do serviço público de saúde, de modo que a competência legislativa, as fontes de custeio, bem como as exigências da LRF ficariam inalteradas, inclusive as que versassem sobre a aplicabilidade mínima de recursos públicos na saúde.

Não se pretende, com a introdução desse novo modelo, romper com o Sistema Único de Saúde. Este permaneceria único, porém, com competências, quanto à sua execução, mais bem delimitadas, promovendo uma descentralização organizada e isonômica.

4.1 A Competência dos Municípios

No novo modelo, os Municípios ficariam responsáveis, essencialmente, pela medicina preventiva da população.

Cada Município possui peculiaridades em relação à saúde e às condições sanitárias de seus munícipes, de modo que um município do Estado do Amazonas lida com moléstias diferentes daquelas com que lidam municípios dos Estados do Sul do País. As campanhas de vacinação se tornariam, portanto, mais específicas.

Em vez de hospitais municipais, cujos custos são sabidamente insuportáveis para eles, os Municípios seriam responsáveis por postos de saúde, onde enfermidades simples, tal qual é o caso da gripe, poderiam ser diagnosticadas por médicos e tratadas ali mesmo. Seria do Município, por exemplo, a responsabilidade pelo desenvolvimento do bem sucedido programa do "médico da família", em que cada médico fica responsável pela visitação de um determinado número de famílias, orientando-as em seus hábitos de saúde e higiene, de forma a atuar preventivamente contra as doenças.

O Município promoveria ações de esclarecimento e educação da população, de higiene, de saneamento básico, de noções de alimentação saudável e na quantidade necessária, campanhas de vacinação etc.

Em vez de gastar o dinheiro público com hospitais e equipamentos de custo elevado, o Município centralizaria os investimentos exclusivamente na medicina preventiva, melhorando a qualidade de vida da população.

4.2 A Competência dos Estados

Aos Estados competiria promover o fornecimento de medicamentos, o que não seria pouco, diga-se de passagem.

Os medicamentos poderiam ser fornecidos através de farmácias públicas, estrategicamente localizadas nos hospitais, nos postos de saúde e onde se fizer necessário, de modo que o paciente, que fosse em busca do atendimento público, agisse da mesma forma que o paciente atendido pelo setor privado: após obter a receita médica, o paciente se dirige à farmácia e adquire os medicamentos necessários, só que de forma gratuita.

A idéia aqui também é de centralizar os recursos públicos em um fim específico. O Estado poderia, ainda, auxiliar os Municípios, caso estes enfrentassem dificuldades na execução dos serviços de medicina preventiva.

4.3 A Competência da União

Além de possuir maiores recursos, a União também é, a princípio, mais fiscalizada do que os demais entes da Federação. A imprensa e entidades privadas, por exemplo, conseguem desempenhar seu papel de localizar e denunciar as mazelas do serviço público, de forma mais intensiva, nos grandes centros, bem como nos assuntos que dizem respeito ao Governo Federal, porque ali se faz presente o Estado de forma mais marcante, além do que, a economia do País também está ali mais concentrada. O Governo Federal desperta mais atenção.

A competência da União seria residual, portanto. Assim é que a União ficaria responsável pela promoção da medicina curativa. Todos os hospitais seriam federais e os médicos que neles trabalhassem seriam servidores públicos federais.

Isso não impediria que a prestação de todo o serviço público de saúde fosse realizada de forma integrada, no mesmo espaço físico, como já foi dito. No hospital federal, por exemplo, poderia existir uma farmácia pública e um setor de prevenção da saúde.

O atendimento em todos os hospitais seria padronizado, de forma que o cidadão que buscasse atendimento público em um hospital no Estado do Acre tivesse à sua disposição a mesma estrutura de um hospital localizado no Estado do Rio de Janeiro.

Esses hospitais federais, a exemplo das farmácias públicas, funcionariam em locais estratégicos, distribuídos pelo País, por exemplo, na proporção da densidade demográfica de cada região.

Os equipamentos mais caros, pois, seriam adquiridos pela União, que, certamente, devido até mesmo ao volume da aquisição, poderiam ser comprados de forma mais barata. É cristalino que a União conseguiria, com muito mais facilidade,

até mesmo, a doação de equipamentos, de parte de organismos internacionais.

VI- CONCLUSÃO

O clamor pela reestruturação do sistema público de saúde brasileiro vem, primeiramente, da própria Constituição, que se pauta no princípio da proporcionalidade, embora não expressamente declarado, na construção de toda a sua ideologia. BONAVIDES cuida de afastar quaisquer contradições a essa afirmativa:

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhes são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito. (BONAVIDES, 2004, p. 434.).

A reestruturação do serviço público de saúde brasileiro é urgente. A idéia de sugerir um novo modelo, ainda que singelo, servirá, no mínimo, para provocar a discussão a respeito do tema pelos cientistas jurídicos que se preocupam com a função social de suas pesquisas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Pág 816/817.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte: Jurídicos LÊ, 1990.

3.1.9 A polêmica proporcionada pela alteração do art. 84 do CPP, levada a efeito pela Lei 10.628/2002



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 Juizes dos Tribunais de Alçada e de Justiça Militar, os Juizes 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 aprovou a Súmula nº 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 inofensivamente 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 juizes 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 Juizes dos Tribunais de Alçada e de Justiça Militar, os Juizes 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 juizes 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

3.1.10 Da vedação constitucional ao acréscimo concedido aos Presidentes das Câmaras Municipais

Marcus Paulo Queiroz Macêdo
Promotor de Justiça em Araxá/MG

1. Introdução

1.1. Por mais óbvias que sejam, algumas discussões jurídicas acabam chegando ao Poder Judiciário, dado o flagrante desrespeito à Constituição da República e às leis, o que acabaria sendo cômico, não fosse perigoso ou trágico (haja vista a nescidade que é a discussão referente ao ululante poder investigatório conferido ao Ministério Público pela Carta Magna, mas que, incompreensivelmente de um ponto de vista estritamente lógico e jurídico, encontra detratores até mesmo no Supremo Tribunal Federal).

1.2. É o caso de uma prática que, por acaso e lamentavelmente, constatei ser muito comum, ao menos nas Câmaras Municipais do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba, e cito textualmente os municípios de Carmo do Paranaíba, Araxá e Tapira, quanto aos quais as devidas ações civis públicas já foram intentadas, cujos pedidos liminares foram deferidos e encontram-se em vigor até a presente data, visando coibir a prática inconstitucional adotada pelos edis de tais cidades, consistente na percepção, pelo presidente da respectiva casa, de subsídios flagrantemente superiores ao teto fixado pelo artigo 29, inciso VI, da Constituição da República.

1.3. O que se exporá a seguir, como já dito, é muito mais que óbvio. Porém, como quase tudo neste país, não é obedecido, e o que se pretende com estas breves notas é apenas chamar a atenção dos colegas para esta forma de burlar a Constituição da República que pode estar sendo utilizada por inúmeros dos 853 municípios do Estado de Minas Gerais ou, quiçá, em outros tantos de outros estados.

2. Da espécie.

2.1. O art. 29, inciso VI, da Constituição da República, assim dispõe:

Art. 29. O Município reger-se-á por Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

VI - o subsídio do vereador será fixado pelas

respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:

(destaques meus)

2.2. A continuação deste dispositivo constitucional é um escalonamento, fixando-se os subsídios dos vereadores a uma dada proporção dos subsídios dos deputados estaduais, dependendo do tamanho da cidade (por exemplo, o inciso “c” determina que em municípios com população entre cinquenta e cem mil habitantes, como é o caso de Araxá, os subsídios devem ser fixados, no máximo, em até 40% do subsídio do deputado estadual).

2.3. Trata-se de um dispositivo de redação cristalina, claramente auto-aplicável, pois é muito nítida a desnecessidade de regulamentação posterior.

2.4. Da sua simples leitura, conclui-se: a) trata-se do máximo, podendo o subsídio ser fixado em limite inferior; b) em tese, o Presidente da Câmara poderia, como medida de isonomia, ter um subsídio maior do que o dos demais vereadores, caso estes considerem que, pelo cargo que o Presidente ocupa, ele realmente tem um gasto superior aos dos demais vereadores.

2.5. O que é por demais evidente é fato de o subsídio do Presidente da Câmara de Vereadores, ainda que superior ao dos demais vereadores, não poder ultrapassar o limite constitucional.

2.6. Todavia, não foi o que se operou nas cidades retromencionadas, nas quais utilizou-se o máximo permitido constitucionalmente e estabeleceu-se um acréscimo de 50% para os Presidentes das suas Câmaras de Vereadores, que passaram, assim, a ganhar mais do que o limite previsto na Constituição da República.

2.7. Continuo no exemplo de Araxá. O artigo 1º da Resolução Legislativa n.º 338/2004 fixa os subsídios dos vereadores de Araxá, a partir de 1º de janeiro de 2005, em R\$ 3.816,00 (três mil, oitocentos e dezesseis reais), montante que equivale a 40% do subsídio do Deputado Estadual de Minas Gerais, que é de R\$ 9.540,00.

2.8. Entrementes, o art. 2 da referida Resolução Legislativa estabelece um acréscimo, para o Presidente da Câmara Municipal, de 50% ao valor do subsídio dos demais vereadores.

2.9. Em função de tal acréscimo, tem-se que o valor do subsídio do Presidente da Câmara Municipal de Araxá seria de R\$ 5.724,00 (cinco mil, setecentos e vinte e quatro reais), não estivesse liminarmente suspensa tal resolução, valor este superior ao limite determinado constitucionalmente (art. 29, inciso VI, letra “c”).

2.10. Se os vereadores reconhecem que o Presidente da Câmara tem que ganhar mais que os demais edis, basta diminuir o salário destes, mas se respeitar o limite constitucional...

2.11. Nem é possível justificar tal acréscimo com a malsinada “verba de representação”, que foi expressamente vedada pelo art. 39, § 4º, da Constituição da República, que determina que os subsídios serão fixados em “parcela única”.

2.12. Neste sentido e especificamente com relação aos subsídios dos vereadores e ao acréscimo concedido aos Presidentes das Câmaras, assim expõe Hely Lopes Meirelles¹:

Quanto à *verba de representação*, em bases razoáveis, ao presidente da Câmara, sempre foi admitida e se

justificava pela sua natureza indenizatória dos gastos inerentes e específicos da função representativa da chefia da Edilidade. Mas a Constituição Federal, após a EC 19, de 1998, passou a exigir que o subsídio dos vereadores nunca ultrapasse 75% daquele estabelecido, em espécie, para os deputados estaduais. Com o advento da EC 25, de 2000, foi adotada uma relação de proporcionalidade entre a população do município e o percentual máximo dos subsídios dos vereadores em relação ao subsídios dos deputados estaduais, oscilando entre os limites de 20 a 75%, de conformidade com o número de habitantes. De qualquer forma, está expressamente vedado o acréscimo da verba de representação ou de qualquer outra remuneração além daquele teto, exigindo-se a remuneração dos vereadores exclusivamente por *subsídio fixado em parcela única* (CF, art. 39, § 4º). (itálicos no original)

3. Conclusão.

3.1. Portanto, a prática corriqueira de se estabelecer um acréscimo aos subsídios dos Presidentes das Câmaras Municipais, de modo que tais subsídios ultrapassem os limites fixados pelo artigo 29, inciso VI, da Constituição da República, é flagrantemente inconstitucional e deve ser combatida pelo Ministério Público, guardião da ordem jurídica e do patrimônio público, através dos meios jurídicos próprios.

Nota:

¹ *In Direito Municipal Brasileiro*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 675.

3.1.11 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.1.11.1 FREIRE JÚNIOR, Américo Bêde. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

O livro ora indicado trata do controle judicial de políticas públicas, sendo abordados os três pontos centrais do *Direito Constitucional*, fundamentais para o desenvolvimento do tema, que são: a limitação do poder e do controle de constitucionalidade e a legalidade dos atos do Poder Público.

O autor valeu-se da supremacia dos direitos fundamentais para considerar que as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais e, portanto, propõe o controle judicial de

políticas públicas, pois entende que não basta a existência formal de tais direitos se eles não são efetivados. Nesse sentido, são apresentados detalhadamente quais instrumentos estão disponibilizados para que o juiz possa efetivá-los, dando ênfase à ação civil coletiva.

Américo baseia-se na Constituição para propor uma postura mais ativa do Poder Judiciário, pois é, segundo ele, *em nome desse direito à efetividade dos direitos fundamentais que se propõe o controle judicial de políticas públicas*.

3.1.11.2 HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

O eminente jurista alemão Peter Häberle contribuiu significativamente para o *Direito Constitucional* contemporâneo ao escrever *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trata-se de um texto instigante que, desde sua publicação em 1975, tem suscitado grande interesse e discussão na comunidade jurídica.

Neste texto, Häberle propõe a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou a chamada sociedade aberta. Compreendendo a Constituição como o fundamento para a sociedade e para o Estado e, dada a sua importância, todo aquele que vive a Constituição é um legítimo interprete.

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de

interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (p. 13)

A concepção apresentada neste texto exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, de acordo com Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. Tendo em conta a centralidade que a Lei Maior ocupa em nosso ordenamento jurídico e as transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, o texto por si só justifica a sua indicação.

3.1.11.3 MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de; ROCHA, João Carlos de Carvalho; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal e SOUZA, Zani Tobias de. (coords.). Ministério Público e a Ordem Social Justa. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Esta obra contém 17 artigos elaborados por conceituados Procuradores da República além de outros juristas e, basicamente, enfoca os dez anos de vigência da lei que dispôs sobre a organização, atribuições e o estatuto do Ministério Público da União – LC 75/93.

Com temas de grande interesse institucional para toda a classe, o texto procura fazer uma abordagem do papel do Ministério Público nas suas diversas áreas de atuação, discorrendo sobre variados aspectos: inquérito civil, ação civil pública, Ministério Público e o CADE, Ministério Público Militar, função eleitoral, função investigatória,

inconstitucionalidade da exigência legal de remessa de requisições por meio do Procurador-Geral da República entre outros.

Vale conferir trecho da apresentação da obra feita pelo Dr. Nicolao Dino Castro e Costa Neto – Presidente da ANPR:

O objetivo desta coletânea é, pois, ampliar os canais de reflexão e, com isso, possibilitar o exame da atuação do Ministério Público da União, notadamente do Ministério Público Federal, com os olhos voltados para o seu contínuo aperfeiçoamento (VIII).

3.1.11.4 MELLO JUNIOR, João Cancio de. A função de controle dos atos da Administração Pública pelo Ministério Público. Belo Horizonte: Líder, 2001.

O Procurador de Justiça do Ministério Público mineiro, Dr. João Cancio de Mello Junior, oferece ao público esta bem articulada obra sobre a importância da atuação ministerial na Administração Pública. Mas não é só: o livro ainda traça um panorama sobre a evolução histórica, estrutural, principiológica e institucional do Ministério Público no Estado Democrático de Direito (Partes I a IV). Além disso, apresenta várias considerações acerca da responsabilidade do membro do Ministério Público no exercício de sua função (Parte IX).

Por fim, as partes V a VII da obra tratam

especificamente do tema capitulado, destacando-se pela abordagem didática e abrangente com que o autor delinea os mais importantes institutos atinentes ao controle dos atos da Administração Pública pelo Ministério Público: funções, princípios, objeto, natureza jurídica, instrumentos, atuação perante o Tribunal de Contas *etc.*

Assim, fica recomendada a leitura dessa excelente obra que certamente será de grande valia para os cultores do Direito, especialmente para os incumbidos da *função de controle dos atos da Administração Pública pelo Ministério Público.*

B) Artigos

3.1.11.5 SELIGMAN, Rogério Ponzi. O princípio constitucional da proporcionalidade na conformação e no sancionamento aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, , n.º 238, 2004, pp. 237/263.

O autor Rogério Ponzi Seligman é Promotor de Justiça no Estado de Santa Catarina. Neste artigo, ele traz à baila a problemática envolvendo o sancionamento dos atos que importam em improbidade administrativa em confronto com o princípio constitucional da proporcionalidade e, nesse sentido, é enfático ao afirmar que “as sanções devem ser

proporcionais à culpa, fazendo-se com que a interpretação razoável da Lei de Improbidade seja garantia de sua aplicação” (p. 261).

O texto merece destaque, também, pela sua leitura fácil e boa sistematização.

3.1.11.6 CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 52, 2005, pp. 51/67.

A autora, Andrea N. Cezne, é professora do Centro Universitário Franciscano e doutoranda na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

O tema, teoria dos direitos fundamentais, é de vital importância para a compreensão e efetivação do atual Estado Democrático de Direito que atualmente experimentamos.

Sob essa ótica, o artigo apresenta, de um ponto de

vista comparativo, as teorias jurídicas de duas das maiores autoridades sobre o assunto – Ronald Dworkin e Robert Alexy – através de uma análise crítica e apontando “as suas similitudes e diferenças especialmente quanto à teoria argumentativa, incluindo aí a teoria da resposta correta, e o problema dos direitos sociais, seus efeitos e seu controle judicial” (p. 51)

3.1.12 Jurisprudências da área

3.1.12.1 STJ, 5ª Turma. *Escuta Telefônica realizada por Terceiro. Licitude. Diligências Investigatórias realizadas pelo Ministério Público. Possibilidade.*

EMENTA: Habeas Corpus. Processual Penal. Prisão Preventiva. Ausência dos Requisitos Autorizadores. Revogação da Prisão Cautelar. Perda do Objeto. Prova. Escuta Telefônica. Ilicitude. Inexistência. Ministério Público. Legitimidade. 1. Constatada a revogação da prisão preventiva do ora Paciente, resta esvaído parte do objeto do presente writ, que visava ao reconhecimento de constrangimento ilegal pela manutenção da prisão cautelar. 2. É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação. 3. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências

investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial titular exclusivo da ação penal pública -, proceder a coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria. 4. Writ prejudicado em parte e, na parte conhecida, denegado (Brasil.. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Habeas Corpus n.º 33553/Ce. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Acórdão de 17 mar 2005. DJU 11 abr 2005. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudência/doc.jsp?livre=escuta+telef%F4nica+terceiro&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1> >. Acesso em 20 out. 2005).

3.1.12.2 STF, Plenário. *Conflito de Atribuição entre Ministério Público Federal e Estadual. Competência Originária do Supremo Tribunal Federal(1)*

EMENTA: Conflito de Atribuições e Competência Originária do Supremo. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir conflito de atribuições entre os Ministérios Públicos Federal e Estadual, quando não configurado virtual conflito de jurisdição que, por força da interpretação analógica do art. 105, I, d, da CF, seja da competência do Superior Tribunal de Justiça. Com base nesse entendimento, o Tribunal, resolvendo conflito instaurado entre o MP do Estado da Bahia e o Federal, firmou a competência do primeiro para atuação em inquérito que visa apurar crime de roubo (CP, art. 157, § 2º, I). Considerou-se a orientação fixada pelo Supremo no sentido de ser dele a competência para julgar certa matéria diante da inexistência de previsão específica na Constituição Federal a respeito, e emprestou-se maior alcance à

alínea f do inciso I do art. 102 da CF, ante o fato de estarem envolvidos no conflito órgãos da União e de Estado-membro. Asseverou-se, ademais, a incompetência do Procurador-Geral da República para a solução do conflito, em face da impossibilidade de sua interferência no parquet da unidade federada. Precedentes citados: CJ 5133/RS (DJU de 22.5.70); CJ 5267/GB (DJU de 4.5.70); MS 22042 QO/RR (DJU de 24.3.95) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário.. Pet 3528/Ba, Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 28 set. 2005. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info403.asp#Conflito%20de%20Atribuiçõese%20e%20Competência%20Originária%20do%20Supremo> >. Acesso em 20.10.2005. Informativo STF n.º 403 (26 a 30 set. 2005).

3.1.12.3 STF, Plenário. *Conflito de Atribuição entre Ministério Público Federal e Estadual. Competência Originária do Superior Tribunal de Justiça(2)*

EMENTA: Conflito de Atribuições entre Ministérios Públicos e Competência do STJ. Na linha do que decidido na Pet 1503/MG (DJU de 14.11.2002), o Plenário não conheceu de ação cível originária, proposta com base no art. 102, I, f, da CF, em que se alegava a existência de conflito entre a União e o Estado de São Paulo decorrente do dissenso entre seus respectivos Ministérios Públicos acerca da competência para processar representação, na qual apontado o descumprimento de contratos de concessão resultantes da privatização do sistema de transporte ferroviário nacional. Afastando a existência de conflito apto a comprometer a harmonia do pacto federativo, e vislumbrando verdadeiro conflito de atribuições entre os órgãos ministeriais, entendeu-se aplicável, à

espécie, a interpretação analógica conferida naquele precedente ao citado art. 105, I, d, da CF, em razão da presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais operam os Ministérios Públicos em questão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ACO 756/SP. Relator: Ministro Carlos Brito. Acórdão de 4 ago. 2005. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info395.asp#Conflito%20de%20Atribuiçõese%20entre%20Ministérios%20Públicos%20e%20Competência%20do%20STJ> >. Acesso em 20.10.2005. Informativo STF n.º 395 (1º a 5 ago. 2005).

3.1.12.4 STF, Plenário. *Legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública que vise a reduzir o valor de tarifa no sistema municipal de transporte coletivo. Ausência de ofensa ao pacto federativo e à autonomia do Município*

EMENTA: O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública com o fim de reduzir reajuste na tarifa de transporte coletivo. Com base nesse entendimento, a Turma negou provimento a recurso extraordinário interposto pelo Município de Santos/SP em que se sustentava ofensa aos arts. 1º; 2º; 30; 34, VII, c e 129, todos da CF, sob alegação de ilegitimidade do parquet e afronta ao princípio federativo e à autonomia municipal. Considerou-se presente o interesse difuso, porquanto caracterizada a sua natureza indivisível, bem como envolvidos segmentos indeterminados da sociedade. Asseverando tratar-se de relação de prestação de serviços, submetida ao Código de Defesa do Consumidor, e não de questão tributária, entendeu-se adequada

a competência do Ministério Público (CF, art. 129, III). Ressaltou-se, ainda, que a autonomia municipal não obsta a preservação de direitos difusos. Precedentes citados: RE 195056/PR (DJU de 14.11.2003); RE 213631/MG (DJU de 7.4.2000); AI 491195 AgR/SC (DJU de 7.5.2004); RE 163231/SP (DJU de 29.6.2001) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n.º 379495/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 11 out. 2005. DJU 21 out. 2005. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/informativo.asp#Ação%20Civil%20Pública%20e%20Legitimidade%20do%20Ministério%20Público%20-%201> >. Acesso em 21.10.2005. Informativo STF n.º 405 (10 a 14 out. 2005).

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 O parágrafo único do art. 81 do CDC como norma de *superdireito material coletivo* e a vinculação dos casos submetidos à apreciação do poder judiciário aos seus comandos

Gregório Assagra de Almeida

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

O CDC (Lei 8.078/90), inovando no sistema jurídico brasileiro, adotou, no parágrafo único do seu art. 81, classificação tripartite sobre os direitos ou interesses massificados, de sorte que há no nosso sistema jurídico conceituação legal estabelecendo que os direitos ou interesses de dimensão coletiva ou massificada são: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

Considerando, assim, que os direitos ou interesses massificados foram legalmente conceituados, incide nas hipóteses ventiladas jurisdicionalmente a interpretação autêntica ou contextual, que é espécie de interpretação de eficácia vinculatória quanto aos sujeitos.

A compreensão desses conceitos legais sobre direitos ou interesses coletivos é de extrema relevância, pois eles não só têm aplicabilidade às relações de consumo, mas também se aplicam, por força da própria lei, a todas as formas de tutela jurisdicional coletiva que demandem a compreensão desses conceitos. A essa conclusão se chega com base na norma de integração prevista no art. 21 da Lei 7.347/85, inserida pelo próprio CDC: *Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os*

dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, o art. 81, parágrafo único, do CDC, constitui-se em norma jurídica de eficácia potencializada é norma de *superdireito material coletivo* que informa todo o sistema jurídico brasileiro.

Definições em sentido contrário não têm aplicabilidade aos casos concretos conduzidos à apreciação jurisdicional.

É o que explicam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

[...] **Aplicação do conceito legal.** Por expressa determinação legal (CDC 90 e LACP 21), as definições legais de direitos difusos e coletivos (CDC 81 parágrafo único I e II) são aplicáveis a todas as situações em que é reclamado o exame desses conceitos e não apenas às lides de consumo. Todas as outras definições de direitos difusos e coletivos que contrariem o texto ora analisado devem ser entendidas como proposições *de lege ferenda*, inaplicáveis às situações concretas legadas ao Judiciário¹.

Nota:

¹ *Código civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1011.

3.2.2 Repercussão Geral em sede de ACP decorrente de presunção constitucional



Gisela Potério Santos Saldanha

Gisela Potério Santos Saldanha

Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Titular da Procuradoria Especializada na Defesa de Direitos Difusos. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito Processual pela PUC/MG, Doutoranda da Universidade de Deusto/Espanha

Dentre as inovações da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004 (Reforma do Poder Judiciário), está a argüição de relevância no recurso extraordinário, denominada agora de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso concreto. A Emenda 45 acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 102 da Constituição de 1988 para impor a verificação de existência da repercussão geral na questão objeto do Rec. Extraordinário.

A argüição de relevância, ora denominada de repercussão geral, não é novidade no Direito brasileiro. Foi introduzida na Constituição de 1967, nos termos do art. 119, §§ 1º e 3º, alínea c.

Outras variantes da argüição de relevância são: a transcendência do recurso de revista (artigo 896-A da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Medida

Provisória 2.226, de 4 de setembro de 2001) e a hipótese de argüição de descumprimento de preceito fundamental constante do inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

O Regimento Interno do STF - que tinha, sob a Constituição de 1967, força de lei - disciplinou a argüição de relevância em seus artigos 327 a 329. Tais dispositivos não estão mais vigentes. Isso porque o texto constitucional originário de 1988 não previa a argüição de relevância (o Regimento Interno do STF não foi, portanto, recepcionado no particular) e porque os artigos 327 a 329 não foram expressamente repristinados (revigorados) pela Emenda 45 (parágrafo 3º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Ainda assim, o Regimento Interno do STF ajuda a compreender o instituto em seu formato atual. Ademais, será útil na elaboração da lei reclamada pelo novo parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição de 1988.

O parágrafo 1º do artigo 327 do Regimento Interno do STF definia questão federal relevante como sendo aquela capaz de produzir reflexos na ordem jurídica, considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, a fim de exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.

A relevância atrelada aos "reflexos na ordem jurídica" da questão federal em julgamento (Emenda 7 à Constituição de 1967) parece corresponder ao dever do recorrente de "demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso" (Emenda 45 à Constituição de 1988).

"Repercussão geral, (...) nos termos da lei", é fórmula fluida, aberta. Dessa forma, muito provavelmente, a sua regulamentação legal deixará ainda mais evidentes a subjetividade e a discricionariedade do STF ao apreciar o que é e o que não é relevante.

Tem-se, aí, norma coerente com o papel de uma Suprema Corte que exercita jurisdição constitucional. Competindo ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição (*caput* do artigo 102 da Constituição de 1988), é correto permitir-lhe decidir as causas que vai ou não julgar. É assim na Suprema Corte dos Estados Unidos e em boa parte dos Tribunais Constitucionais europeus.

Diga-se mais: trata-se, sim, de permitir ao STF decidir politicamente as causas que vai ou não julgar. Ora, sendo o STF o guarda da Constituição e sendo a Constituição um texto marcadamente político, é natural que as decisões do STF tenham, também, caráter político (o que não significa decisões ideológicas ou partidárias, mas, sim, decisões que concretizam os valores e os fins da Constituição).

O aspecto mais curioso da atual arguição de relevância é que ela foi concebida ao avesso. Com efeito, trata-se de uma arguição de "irrelevância". Em princípio, parece, presume-se a relevância. A irrelevância somente será reconhecida se neste sentido se manifestarem dois terços dos Ministros (são necessários, no mínimo, oito votos para a configuração da irrelevância).

No modelo da Emenda 7, a arguição estava acolhida (isto é, o recurso estava admitido) se neste sentido se manifestassem quatro ou mais Ministros (inciso VII do parágrafo 5º do artigo 328 do Regimento Interno do STF).

Por outro lado, nos termos da Emenda 45 basta a manifestação de quatro Ministros para que a arguição não seja rejeitada, isto é, seja acolhida. Entretanto, pela aplicação dos princípios da Carta de 1.988, a decisão de rejeição ou acolhimento deve ser fundamentada nos termos do art. 93, inciso IX, o que não ocorria outrora na arguição de relevância.

A diferença é sutil: nos moldes da arguição de relevância de 1977, exigia-se o reconhecimento da relevância da matéria; no modelo atual, exige-se o reconhecimento da irrelevância da matéria.

No entanto, a maioria requerida para o reconhecimento da relevância é idêntica nos dois modelos, anterior e atual.

Naquele, os votos de quatro ou mais Ministros determinavam a relevância. Neste, os votos de quatro Ministros já são suficientes para impedir o reconhecimento da irrelevância, isto é, a matéria é considerada relevante e o recurso extraordinário é apreciado.

Outra questão interessante é a necessidade ou não da elaboração da lei a que se refere o parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição de 1988 para que possa ser manejada a arguição de relevância.

A Emenda 45 confia à lei os parâmetros iniciais do que é ou não relevante ("repercussão geral, nos termos da lei"), o que conduz à conclusão de que se trata de norma carente de regulamentação. O artigo 7º da Emenda 45 (que fixa prazo para a elaboração dos projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada) reforça essa conclusão. De toda sorte, os parâmetros que a lei trouxer serão paulatinamente desdobrados e concretizados pela jurisprudência do STF.

Tem-se, aqui, inovação constitucional importante e que deve ser compreendida juridicamente, sem paixões. Já existiu no Direito brasileiro. Foi abandonada quando da concepção da Constituição de 1988. Foi considerada – equivocadamente – um "entulho autoritário". Trata-se, isso sim, de norma comum e necessária ao bom desempenho da jurisdição constitucional, representando requisito supletivo ao juízo de admissibilidade, razão pela qual a argumentação há de ser oportunamente apresentada quando da propositura do Recurso Extraordinário.

Ressalte-se, ainda, a teor da própria redação constitucional que a repercussão geral só poderá ser aquilatada pelo próprio Tribunal Constitucional.

Interessa o tema ao desempenho das atividades do Ministério Público na defesa da sociedade, a fim de que a relevância, embora seja presumível a todas as causas, seja afastada do juízo de prelibação, de plano, das ações civis públicas na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para tanto necessário que a presunção da relevância nesses casos, ou seja, nas ações coletivas para defesa de interesses metaindividuais se opere *iure et de iure*.

Tal defesa de interesses é inerente a toda a coletividade, são aqueles legitimados pelo próprio texto constitucional, sem necessariamente estarem inseridos como direitos subjetivos. Isso porque a própria Carta Magna dispõe que há relevância na defesa do patrimônio público, social e do meio ambiente¹, do patrimônio histórico e cultural², da criança e adolescente³, do consumidor⁴, dos serviços de saúde⁵ e demais direitos difusos⁶ por meio das ações civis públicas, as quais o Ministério Público é um dos legitimados.

Conclui-se que, na defesa dos interesses da sociedade, a relevância das questões postas em ação civil pública, transcende a própria lide, não só pelo efeito *erga omnes* que possuem, mas pela importância reconhecida pela Constituição da República. Assim impróprio o exame em juízo de admissibilidade da *repercussão geral das questões constitucionais debatidas* nas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público e demais corpos intermediários.

Notas:

¹ Inciso III do art. 129 da CF

² Artigos 215 e 216 da CF/88

³ art. 227 da CF/88

⁴ artigos 5º inciso XXXII e 170, inciso V, ambos da CF/88.

⁵ art. 197 da CF/88

⁶ parte final do inciso III do art. 129 da CF/88.

3.2.3 O Acesso à Justiça

Erlon de Paula Lima
Oficial do Ministério Público

“São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art.5º, XXXIV, alínea a, Constituição da República de 1988) e “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, Constituição da República de 1988). São dispositivos constitucionais que logo vêm à nossa mente quando somos argüidos acerca do acesso à justiça.

No decorrer da história é possível observar uma considerável aproximação do Poder Judiciário em relação à sociedade. Permitir que qualquer indivíduo, desde que legitimado para tanto, ingresse com uma demanda perante o Poder Judiciário tem sido uma realidade cada vez mais simples. Tal fato pode ser observado nas facilidades de acesso proporcionadas pelos Juizados Especiais, por exemplo, instituídos pela Lei 9099/1995 e, posteriormente, pela Lei 10259/2001, no âmbito da Justiça Federal.

Não obstante a importância dessa faceta do termo “acesso” em nosso ordenamento jurídico, vislumbra-se abordar no presente artigo o caráter físico dessa expressão, que, embora não seja discutido pela doutrina, apresenta importância tão grande quanto a do primeiro.

O termo acesso vem do latim *accessus* que significa ingresso, entrada, trânsito, passagem. Dessa forma, em breves linhas, será discutido no presente trabalho um enfoque físico da expressão “Acesso à Justiça”.

Quando uma pessoa portadora de deficiência, que se utiliza de uma cadeira de rodas, por exemplo, vê-se diante de uma escadaria, único acesso ao interior de um fórum, depara-se com uma chamada barreira arquitetônica que, no mínimo, o afasta de uma livre busca à justiça. É como se o engenheiro ou arquiteto responsável pela construção, bem como o “Poder Judiciário” pregasse uma enorme placa destinada à pessoa portadora de deficiência contendo os seguintes dizeres: “ACESSO NEGADO”.

Para se ter uma noção aproximada da sensação do portador de deficiência diante da situação descrita, basta imaginar que o fórum de sua cidade esteja cercado por um muro de cerca de dois metros e meio de altura. Não há um portão de acesso, de forma que cada pessoa que ali deseje entrar deva escalar o muro. Qual a solução viável? Colocar alguém com uma corda em cima do muro para puxar quem quer entrar? Certamente essa não seria a solução mais adequada. Por que não construir um portão de entrada?

Da mesma forma, disponibilizar uma pessoa responsável por auxiliar o portador de deficiência a transpor a referida barreira arquitetônica (escadaria), não é a solução mais viável para o problema em questão. A promoção de atos que favoreçam a independência dessas pessoas é algo mais adequado à política social prevista em nossa Constituição Federal, segundo a qual “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (Art. 203, inciso IV, do texto constitucional) (grifo nosso).

Promover a inclusão das pessoas portadoras de

deficiência é, dentre outras coisas, permitir que as mesmas possam agir por si próprias, quando apresentam capacidade civil plena para tanto. Interessante ressaltar o conceito de acessibilidade utilizado pelo Decreto nº 5296/2004: “condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários 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.8º, inciso I) (grifo nosso). Não é “carregar o deficiente” até o fim da escadaria que o integra à vida comunitária, mas sim permitir que ele se dirija até o interior do referido prédio com segurança e autonomia, através de um caminho devidamente adaptado e acessível.

Integrar à vida comunitária é garantir aquela igualdade que o caput do art.5º da Constituição da República propõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”. É permitir que a pessoa portadora de deficiência tenha acesso aos prédios do Poder Judiciário do mesmo modo que o tem qualquer outra pessoa.

Diversas espécies de barreiras arquitetônicas podem ser encontradas também no interior dos prédios. Banheiros, rampas, portas e balcões destinados ao atendimento de pessoas comumente não adaptadas para atender às necessidades de uma pessoa que utiliza cadeira de rodas, ou possui mobilidade reduzida. Entretanto, o conhecimento acerca dessas regras arquitetônicas não é algo inacessível, como será visto a seguir.

Normas que visam à promoção dessa integração prevista no texto constitucional têm sido criadas. São exemplos a Lei 10.098/2000, que estabelece regras gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida e o Decreto nº 5296/2004, que regulamentou a referida lei, bem como a NBR 9050/2004 da ABNT, que especifica os padrões básicos de acessibilidade. Tais normas, às quais qualquer indivíduo possui livre acesso (no site www.mp.mg.gov.br/caoppdi, por exemplo), devem servir de parâmetro para construções e reformas de edificações de uso público, assim consideradas aquelas “administradas por entidades da administração pública, direta e indireta, ou por empresas prestadoras de serviços públicos e destinadas ao público em geral” (art.8º, inciso VI do Decreto nº 5296/2004) e de uso coletivo, “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” (art.8º, inciso VII do Decreto nº 5296/2004).

Como é cediço, o direito é um norteador de condutas, entretanto, para cumprir essa função, deve ser observado pela sociedade e ter sua aplicação fiscalizada pelos cidadãos, bem como por aquelas instituições que são legitimadas para tanto. Insta salientar a importância que o Ministério Público adquire em relação à garantia dessa acessibilidade, vez que é um dos responsáveis pela tutela de interesses difusos e coletivos.

Assim como os Juizados Especiais transmitem uma sensação de aproximação do Poder Judiciário em relação à sociedade, a facilitação do acesso físico a uma pessoa portadora de deficiência transmite a esta uma sensação de aproximação semelhante.

Muitas das construções que abrigam os órgãos do Poder Judiciário em nosso país não têm sido modelos no que

tange à acessibilidade, situação essa que pode prosperar. Deve-se sempre buscar uma adequação total às normas de acessibilidade, entretanto, adequar a “casa da justiça” é um mínimo pelo qual se deve lutar com todas as forças, utilizando-se dos meios legais disponíveis para tanto, de forma que a todos seja garantido o livre acesso à justiça.

3.2.4 Protesto de CDAs (Certidões de Dívida Ativa), de sentenças e de TAC's, pois são documentos de dívida nos termos do art. 1º da Lei 9.492/97 e a atuação do Ministério Público, bem como inscrição dos débitos no CADIn e demais órgãos de controle de devedores

André Luís Alves de Melo

Promotor de Justiça em Estrela do Sul-MG. Especialista em Processo Civil pela UFU. Mestre em Direito Público pela UNIFRAN.

A presente resenha visa instigar os nobres colegas a debaterem sobre a viabilidade de se inscrever no CADIn Estadual (Cadastro de Inadimplentes), eventuais créditos não pagos decorrentes de atuação ministerial em ações civis públicas, populares, infrações administrativas do ECA, transações penais, sentenças condenatórias em multa ou prestação pecuniária, bem como multas do Procon e acordos em inquérito civil.

Outra medida seria a esfera dos Cartórios de Protestos, pois a Lei Federal nº 9.492 de 1997 ampliou para qualquer documento de dívida, com certeza e liquidez, e não mais apenas títulos de créditos. Assim, pode-se protestar TACs, Sentenças, Decisões administrativas, CDAs e outros documentos de dívida.

As medidas acima poderiam coadunar com o propósito de usar a esfera judicial apenas em último caso. E, em tese, não está o Ministério Público proibido legalmente de usar esses meios.

Também poder-se-ia fazer convênios com SERASA e SPC, pois essas medidas caminhariam, salvo melhor juízo, para reforçar a eficiência a um custo menor e estabelecer um perfil do Ministério Público deliberativo e resolutivo.

Nesse diapasão caberia até à Promotoria do Patrimônio Público de Belo Horizonte decidir se é o caso, ou não, de se notificar a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais para explicar por qual motivo não inscreve as CDAs (Certidões de Dívida Ativa) no Cartório de Protestos e tem optado por um caminho mais oneroso e mais lento, principalmente pelo fato de que demanda a criação de órgãos judiciais para fazer atividades repetitivas de Execuções Fiscais, sem embargos, e até mesmo podendo o Estado ser condenado em honorários de sucumbência.

Afinal, se não está usando uma via mais barata e mais eficaz, em tese viola norma da Administração Pública.

Com a devida vênia, alegar que apenas pelo fato de existir-se a Lei de Execução Fiscal está obrigado o Estado a usar essa via, é atender a interesses meramente corporativistas do mercado jurídico. Afinal, seria o mesmo que alegar que não se pode encaminhar boleto bancário aos devedores, pois a LEF não prevê essa possibilidade.

Há ainda um outro argumento arditoso, de que não há lei autorizando a Administração Pública a protestar as CDAs, isso seria o mesmo que alegar que a Administração Pública não pode alugar imóveis, pois não há uma lei específica.

Outrossim, com a recente súmula do STJ sobre prescrição intercorrente, muitas execuções fiscais serão fulminadas pela prescrição. Isso sem falar no fato de que a execução fiscal tem sido pouco eficaz no objetivo almejado, com um baixo índice de recuperação de ativos.

Leia a íntegra da recente Súmula 314 do STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual inicia-se o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Retornando ao tema principal, há necessidade de se definir como seria a prescrição, a eventual gratuidade, quem encaminharia ao Cartório e demais órgãos. Mas isso seria um outro debate.

O artigo é sucinto e tem como objetivo apenas dar um sinal para um despertar para uma nova possibilidade.

Essa questão já foi encaminhada à Administração Superior e está em fase de estudos, mas é importante que a classe manifeste a respeito, pois em toda opção há elementos favoráveis e desfavoráveis.

3.2.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.2.5.1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

É notória a predileção do jurista Rodolfo Mancuso, doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP, em delinear ações de caráter coletivo. O professor dissecou as acepções do termo “interesse”, dando ênfase aos de maior relevância social. Além do mais, Mancuso traça um panorama da legitimação em diversos países, de diferentes continentes. Aborda, também, o papel do juiz e do Ministério Público nas ações de tutela de interesses difusos.

Tecido pela flagrante veia ideológica do autor, o que

se espera da Justiça é que: “analise os fatos e que interprete os textos de regência em modo progressista e teleológico, em ordem a assegurar àqueles interesses (metaindividuais) o respaldo urgente e eficaz de que necessitam para deixar o 'limbo jurídico' a que estão relegados” (p.232). Deixa o recado também para o Ministério Público, de quem se espera: “a sensibilidade, a coragem e a criatividade para a efetiva promoção desses interesses...” (Idem).

3.2.5.2 GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental.** 1. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

O procurador da república, Luís Roberto Gomes, define bem o papel do Ministério Público na sua função redesenhada pela Constituição da República e pela criação da ação civil pública e do inquérito civil. Para sedimentar sua argumentação, Gomes relaciona o Ministério Público, em suas principais atribuições, com a Administração Pública, na perspectiva da separação dos poderes. Ressalta, principalmente, as conseqüências desastrosas da omissão administrativa para o Direito ambiental.

Quando a separação de poderes revelar-se desarmônica, por conta da omissão da Administração Pública em cumprir o que manda o ordenamento jurídico, estará legitimado o

Ministério Público a agir, judicial e extrajudicialmente (Constituição Federal, artigo 127, *caput*, artigo 129, inc. III, artigo. 37, *caput*), para implementar o que se pode chamar de “reajuste da harmonia ilicitamente desbalanceada das funções estatais”, a fim de restabelecer o equilíbrio afetado e recompor os interesses difusos e coletivos lesados (p. 119).

Essa desarmonia no que diz respeito à omissão estatal, conclui o autor, credencia o Ministério Público a promover ações preventivas e/ou reparatórias para conter a negligência do Poder Executivo, quando se está em jogo a preservação do meio ambiente.

B) Artigos

3.2.5.3 MILARÉ, Edis.; SETEZER, Joana. e CASTANHO, Renata. **O compromisso de ajustamento e o fundo de defesa dos direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985.** In Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 38, 2005, pp. 09/22.

Este artigo é recomendável para todos os membros do Ministério Público e outros aplicadores do direito que tenham suas atividades relacionadas com a tutela dos direitos difusos e coletivos, haja vista as elucidativas lições dos autores sobre os temas mais correntes nessa área de atuação: o

Compromisso de Ajustamento de Conduta e as suas especificidades, o fundo de defesa e a destinação e finalidade dos recursos oriundos desses Compromissos, além de tecer várias propostas e sugestões que permeiam o tema na parte final do artigo.

3.2.5.4 ALMEIDA, Renato Franco de. e COELHO, Aline Bayerl. **O princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito.** In Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 50, 2004, pp. 117/132.

O que torna a leitura deste artigo extremamente interessante é a sua abordagem contextualizada com a idéia de evolução do Estado e do Direito, tudo isso de uma forma clara, objetiva e com apoio em doutrina de grande renome e prestígio.

Em seguida, os autores propõem uma revisitação do princípio da demanda em sede das ações coletivas, à luz de outros princípios, como forma de efetivar a materialização

dos interesses socialmente relevantes:

[...] por conseqüência, deverá ser dado a este Juiz para a concretização do Estado Social de Direito poderes que extrapolem as amarras do Estado Liberal, impondo-se quando necessário, o julgamento *além* daquilo que foi pedido pelo autor e resistido pelo réu, com vistas à satisfação dos interesses sociais latentes em demandas desse jaez (p. 131).

3.2.6 Jurisprudências da área

3.2.6.1 TRF 1ª Região, 5ª Turma. *Danos ao meio ambiente. Aplicabilidade dos princípios da razoabilidade e da precaução*

EMENTA: Processo Civil. Ação Civil Pública. Suspensão de expedição de ATPF's para espécies nativas da Mata Atlântica. Indicação de utilização fraudulenta de autorizações expedidas para o transporte de produtos vegetais de corte proibido. Princípio da precaução. 1 - Ampara-se no princípio da razoabilidade a decisão que concede liminar em ação civil pública para determinar a proibição de expedição de ATPF's quando há indicação documental de utilização das autorizações de forma fraudulenta para o transporte de espécies nativas da Mata Atlântica que tem o corte proibido. 2 - Se o órgão estatal não possui condições de controlar a correta utilização das

autorizações de manejo e transporte deferidas, não é sem fundamento a decisão que fundada no princípio da precaução determina a suspensão de expedição de novas autorizações e condiciona as hipóteses excepcionais à análise judicial enquanto a ação civil pública estiver em curso. 3 - Correta aplicação do princípio da precaução que não merece reforma. 4 - Agravo de instrumento improvido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Quinta Turma. Agravo de Instrumento n.º 2002.01.00.045237-3/BA. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Acórdão de 22 out. 2004. DJU 11 nov. 2005. Disponível em <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em 24.10.2005.

3.2.6.2 TJDFT, 6ª Turma Cível . *Responsabilidade Civil Solidária e Objetiva entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas causadoras de danos ao meio ambiente.*

EMENTA: Ação Civil Pública. Responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. Loteamento irregular. Área rural transformada em área urbana. Área de proteção ambiental. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Responsabilidade da pessoa jurídica que não exclui a da pessoa física. Responsabilidade objetiva e solidária. Realizado o parcelamento do solo irregularmente e demonstrado por prova técnica os danos causados ao meio ambiente, a responsabilidade pela sua reparação é solidária dos empreendedores, vez que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas autoras ou partícipes do mesmo fato. Aquele que cria o risco deve reparar os

danos de seu empreendimento, bastando a prova do dano, da ação ou omissão e da relação de causalidade (responsabilidade objetiva). Recurso improvido. Unânime. Suscitado (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Sexta Turma Cível. APELAÇÃO CÍVEL n.º 20040650048780APC/DF. Relator: Desembargador Otávio Augusto. Acórdão de 25 nov. 2004. DJU 22 fev. 2005. Disponível em <<http://tjdf19.tjdf.gov.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=8&PGATU=1&l=20&ID=641760193&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em 20.10.2005.

3.2.6.3 TJDFT, 3ª Turma Cível . *O fornecimento de medicamentos pelo Estado deve ser realizado de forma autônoma por cada um dos entes federativos em relação aos outros, sendo irrelevante a alegação de limitação orçamentária*

EMENTA: Processo Civil. Paciente com doença grave. Fornecimento pelo Distrito Federal de medicamento de alto custo. Preliminar de denúncia da união à lide. rejeição. Reconhecido o direito de obter do Ente Federativo os remédios. 01. Ao analisar o artigo 70 de Código de Processo Civil e seus incisos, observa-se que nenhuma das hipóteses que tornam obrigatória a utilização de tal instituto agasalha a pretensão de acolhimento da preliminar de denúncia da união à lide. 02. Considerando-se a autonomia com relação aos demais Entes Federativos, prevista na Constituição Federal, artigo 18, cumulada com o artigo 207, XIV, da LODF, há que se concluir que o Distrito Federal, quando solicitado, tem o dever de, sozinho, arcar com o ônus do fornecimento de remédios a pacientes enfermos, independentemente para tal, do suporte da União. 03. Não se pode falar em tratamento diferenciado da apelada com relação aos demais pacientes, sendo os remédios prescritos e definidos na r. sentença aqueles necessários para o tratamento

de grave doença. Por certo, caso algum outro paciente necessite dos mesmos medicamentos, o Distrito Federal tem o dever de fornecê-los, independentemente do ingresso deste indivíduo no Judiciário para ver satisfeita sua necessidade. 04. As limitações orçamentárias não podem servir de supedâneo para o Distrito Federal se eximir do dever de fornecer medicamentos à paciente grave e sem condições financeiras. 05. Recurso e remessa de ofício conhecidos e não providos (Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Terceira Turma Cível. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA DE OFÍCIO n.º 20040110699759APC/DF. Relatora: Desembargadora Nidia Correa Lima. Acórdão de 19 set. 2005. DJU 18 out. 2005. Disponível em <<http://tjdf19.tjdf.gov.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=2534360193&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em 20.10.2005.

3.2 6.4 STJ, 1ª Turma. Direito à saúde é consagrado como norma constitucional não-programática. Por isso, o seu cumprimento pode ser exigido em Juízo, mesmo revelando ônus financeiro à Fazenda Pública, sem que isso configure rompimento com a harmonia dos Poderes dos Estados. Legitimidade do Ministério Público

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. 1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado. 2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. " "Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde." 3. Violação de lei federal. 4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto etras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura

da ação civil pública. 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicã constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética. 7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n.º 577836. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão de 21 out. 2004. DJU 28 f e v . 2 0 0 5 . D i s p o n í v e l em<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?live=prote%E7%E3o+crian%E7a+e+adolescente+minist%E9rio+p%FAblico&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=6>> . Acesso em 20.10.2005).

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Noções introdutórias acerca da função social do contrato

Nelson Rosenvald

Procurador de Justiça. Mestre e doutorando em Direito Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor de Direito Civil



Nelson Rosenvald

A teoria contratual contemporânea contempla 04 grandes princípios: autonomia privada; boa-fé; justiça contratual e função social do contrato.

O artigo 421 inaugura o estudo dos contratos, demonstrando a imprescindível conjugação entre a liberdade contratual e o princípio constitucional da solidariedade (art. 3, I, CF).

Remotamente, a função social do contrato prendia-se a própria função social da propriedade, eis que no liberalismo do século XIX o dogma da autonomia da vontade e a ampla liberdade contratual serviam de instrumento para que o indivíduo alcançasse o direito de propriedade.

Atualmente os contratos são instrumentos por excelência de circulação de riquezas, sendo que as trocas demandam utilidade e justiça, censurando-se assim o abuso da liberdade contratual.

A função social não coíbe a liberdade de contratar, como induz a dicção da norma, mas legitima a liberdade contratual. A liberdade de contratar é plena, pois não existem restrições ao ato de se relacionar. Porém, o ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento em vista das finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem constitucional.

Atendendo o que há muito já mencionava o artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a função social do contrato objetiva conjugar o bem comum dos contratantes e da sociedade. Portanto, podemos cogitar de uma função social interna e de uma função social externa do contrato.

A função social interna concerne à indispensável relação de cooperação entre os contratantes, por toda a vida da relação. Implica a necessidade de os parceiros se identificarem, reciprocamente, como sujeitos de direitos fundamentais e titulares de igual dignidade. Assim, deverão colaborar mutuamente nos deveres de proteção, informação e lealdade contratual, pois a finalidade de ambos é idêntica: o adimplemento, da forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor.

Nesse plano, a função social converte-se em limite positivo e interno à estrutura contratual, impedindo a formação de uma relação de subordinação sobre a pessoa do devedor, o que implicaria a quebra de sua autonomia privada com reflexo em seus direitos da personalidade.

Em qualquer relação contratual, os partícipes cedem uma parcela de sua liberdade jurídica em prol do êxito do

programa comum. A função social interna pretende acautelar os contratantes quanto à recuperação desta liberdade contratual ao término do empreendimento conjunto.

Por outro ângulo, é sabido que os contratos interessam à sociedade. É inconcebível crer que no momento atual se possa plagiar os oitocentistas, alegando-se que a relação contratual é *res inter alios acta* (ou seja, apenas concerne às partes, e não a terceiros).

Os bons e maus contratos repercutem socialmente. Ambos produzem efeito “cascata” sobre toda a economia. Os bons contratos promovem a confiança nas relações sociais. Já os contratos inquinados por cláusulas abusivas resultam em desprestígio aos fundamentos da boa-fé e quebra de solidariedade social.

Daí a necessidade de oponibilidade externa dos contratos em desfavor dos interesses dos contratantes. Ou seja, é possível que os contratos satisfaçam os desígnios particulares dos contratantes, mas ofendam interesses metaindividuais coletivos ou difusos. Basta supor a realização de avenças que culminem por atingir o meio-ambiente, direitos de consumidores ou a livre-concorrência. Em tais casos a sociedade poderá intervir sobre as cláusulas contratuais ofensivas a direitos fundamentais.

O grande debate, que hoje se estabelece, pertine à tutela externa do crédito. As relações creditícias escapam do controle de seus artífices, alcançando terceiros que, algumas vezes podem ser ofendidos pela relação, e, em outras situações podem até mesmo se colocar em situação de violentarem a relação a qual não fazem parte.

Sem dúvida, não é raro que um terceiro seja atingido por um contrato que, em princípio, seja-lhe completamente estranho. Seria o caso daquele que é vítima de um acidente de consumo, derivado de relação em que não participara como consumidor *stricto sensu* (art. 2º, do CDC). De acordo com o artigo 17 do Código de Defesa de Consumidor, o *bystander* possui ação de responsabilidade objetiva contra os fornecedores do produto ou serviço defeituoso, na qualidade de consumidor equiparado.

Poder-se-ia inserir ainda a situação daquele que é vítima de um acidente de trânsito com relação ao contrato entre o autor do ilícito que se recusa a ressarcir o dano - e a seguradora. No mesmo sentido, a situação do promissário comprador que integralizou as prestações do imóvel, em face do contrato de mútuo hipotecário entre a instituição financeira e a construtora que não lhe repassou os créditos.

Porém, da mesma forma que podem ser afetados por contratos alheios, terceiros também podem agir de forma a violar uma relação contratual em andamento. A função externa do contrato é via de mão dupla. Ilustrativamente, o parecer de Antônio Junqueira de Azevedo (RT 750/113) acerca da atuação de distribuidoras de combustíveis que, ao promoverem a venda de produtos para postos de gasolina, quebram a exclusividade de fornecimento com outra distribuidora. A lesão ao contrato primitivo permite que se responsabilize a distribuidora, em solidariedade passiva com o posto de gasolina.

Não se trata aqui de revogar a tradicional relatividade dos contratos - pois os seus efeitos obrigacionais compreendem apenas os seus protagonistas -, mas de atenuar os seus efeitos perante a coletividade, prestigiando-se uma oponibilidade geral, a maneira pela qual tradicionalmente vislumbramos nos direitos reais.

Em síntese, todo contrato é uma soma do seu tipo, estrutura e função. O tipo emana da conformação mínima do ordenamento jurídico sobre as relações econômicas mais comuns. A estrutura é dada pela vontade das partes no espaço reservado pela sociedade ao exercício da autonomia privada. A função social diz respeito às conseqüências objetivas da relação sobre a sociedade.

A função social do contrato é uma cláusula geral. Norma intencionalmente formulada de forma vaga e imprecisa, a fim de que o magistrado possa densificar o seu conteúdo. A

concretização da cláusula geral se efetivará em maior ou menor grau, conforme a concreitude dos interesses envolvidos e as peculiaridades do caso. Diversamente da função social da propriedade, na qual a Constituição Federal (art. 182 e 184) é explícita quanto às sanções pelo seu inadimplemento, descurou o legislador de qualificar a conseqüência da ofensa à função social do contrato.

Parece-nos que, em casos extremos, há de se aplicar a invalidade do negócio jurídico, por nulidade, em razão da ofensa à norma de ordem pública, na dicção do parágrafo único, do artigo 2.035 (CC). Contudo, prestigiando-se o princípio da conservação dos negócios jurídicos, sempre que possível, restringir-se-á a sanção ao plano da ineficácia da cláusula ofensiva à função social, preservando-se a relação jurídica no restante, como sugere o próprio artigo em comento, ao aludir a relação entre a função social e o exercício (e não validade) da liberdade contratual.

3.3.2 Insuficiência do art. 4º da LICC para explicar o fenômeno jurídico privado diante da tipologia sistêmica da CF/1988 e do CC/2002



Lucas Abreu Barroso

levantadas. Algumas delas referem-se à Lei de Introdução ao Código Civil no confronto com a constitucionalização do direito privado.

Qual a situação atual do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil em face do sistema aberto implementado no ordenamento jurídico brasileiro com o texto constitucional vigente e o novo diploma civilista? Que papel têm a desempenhar no âmbito do direito privado os princípios constitucionais, considerando sua normatividade no pós-positivismo jurídico?

Não nos parece mais admissível corroborar a concepção externada pelo dispositivo legal em comento. Os princípios como fontes subsidiárias distorce a interpretação que se deseja infundir no Direito privado contemporâneo. Necessário se faz compreender a superação da norma enquanto elemento central da arquitetura jurídica privada, conferindo efetividade aos princípios constitucionais.

Todavia, tal desapego não constitui tarefa fácil. A tradição jurídica alicerçada no positivismo ainda reina quase absoluta. O ocaso dos estudos e debates teóricos do Direito não permite evoluir no sentido de estabelecer uma reflexão em torno das premissas construídas na pós-modernidade jurídica com base no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

C a u s a - n o s espécie constatar que em meio a tantos debates levados a efeito com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a edição do Código Civil de 2002 questões tão relevantes não tenham sido

Lucas Abreu Barroso
 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás
 Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
 Membro da Academia Brasileira de Letras Agrárias
 Membro da União Mundial dos Agraristas Universitários
 Membro da Associação Brasileira de Direito Agrário
 Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro
 Membro do Instituto "O Direito por um Planeta Verde"

Uma das mais significativas conquistas da Ciência Jurídica concretiza-se em que, no Estado Democrático de Direito, os princípios adquirem força normativa¹. Com efeito, deixaram de figurar como meras referências éticas no ordenamento jurídico para ocupar a posição de normas vinculantes e transcendentais².

A corrente do pensamento filosófico do Direito denominado pós-positivismo jurídico, fruto do esgotamento do modelo que o antecedeu o positivismo jurídico, oportuniza dessa forma a "superação do conhecimento tradicional"³, sem, contudo, relegar as bases da juridicidade estatal.

Estando estreitamente vinculada a uma releitura hermenêutica do arcabouço positivo, encetada em meados do século passado no limiar da pós-modernidade, procura não a sua ruptura, mas, antes, nele reintroduzir "as idéias de justiça e legitimidade"⁴.

Com efeito, somos compelidos a admitir, numa releitura hermenêutica do ordenamento jurídico, o declínio da imperatividade legal alicerçada na dogmática formalista. Como sustentar, então, a validade do preceito contido no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil? Vale lembrar, *in verbis*: "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Em semelhante contexto, também o art. 127 do Código de Processo Civil encontra-se amplamente prejudicado por inadequação aos contornos atuais da Ciência Jurídica: "Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei". Nos termos até aqui aduzidos, e em outros fundamentos provenientes de estudo de Francisco Amaral⁵, pode-se de idêntica maneira entender por revogado tal dispositivo.

Certo que a equidade não constitui fonte do Direito, por faltar-lhe o condão criador de normas jurídicas. Outrossim, o diploma processual nem mesmo permite vislumbrá-la como mecanismo para suprir eventuais lacunas da lei, eis que sua

aplicação está reduzida às hipóteses previstas no ordenamento positivo⁶.

Não obstante esses entraves, o princípio da equidade traz em seu bojo a agravante da presunção de igualdade formal. Não se ocupa da análise da igualdade material, conquanto destinada a uma função individualizada e de paridade em sua interpretação e aplicação. Parece acertado inferir que esse valor jurídico está pensado sob a perspectiva da justiça particular, na qual o objeto visado é o bem individual.

Quanto aos precisos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, temos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, postos em ordem preferencial como mecanismos de integração das lacunas das normas jurídicas⁷.

Não podemos deixar prosperar tal compreensão a partir do momento em que o sistema jurídico de Direito privado abre-se para a realidade da vida social e para os ditames constitucionais democráticos.

Continuar reconhecendo na analogia “tão-somente um processo revelador de normas implícitas”⁸ ainda é aceitável, mas os costumes simplesmente como uma fonte jurídica “em plano secundário”⁹ e os princípios gerais de direito como conteúdo normativo “vago em sua expressão”¹⁰ implica relegar a crise que atravessa a teoria das fontes do Direito¹¹.

Tal teoria, pensada numa perspectiva estática e fechada, atribui “às fontes do direito a função primordial de

estabelecer quadros normativos definidos”¹², o que faz resvalar para um “totalitarismo normativo estatal”¹³, incompatível com o pluralismo atinente ao arquétipo jurídico do Estado Democrático de Direito.

Esse modelo paradigmático estatal pressupõe não somente uma dinâmica jurídica, como também a afirmação dos princípios constitucionais em contraposição à idéia de princípios gerais de direito¹⁴.

Ocorre que os princípios gerais de direito na compreensão advinda com o pós-positivismo consubstanciam-se nos princípios constitucionais que, como dito alhures, adquirem eficácia normativa, abandonando definitivamente a concepção civilista de princípios e atribuindo-lhes feição juspublicística¹⁵.

Com efeito, os princípios constitucionais irradiam comandos de observância peremptória por todas as estruturas jurídicas¹⁶. Dessa transposição, resultando os princípios constitucionais do Direito privado.

Destarte, parece evidente a revogação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Aos operadores jurídicos caberá evoluir para além do simples cumprimento ou respeito às prescrições ou preceitos estatais.

Comprometidos com as aspirações ideológicas consentâneas à sociedade do seu tempo, não podem se esquivar a uma atuação constante pela efetividade dos princípios constitucionais na seara do Direito privado.

Notas e referências bibliográficas:

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 264 e ss.

² Contrariamente, na velha hermenêutica, de inspiração positivista, os princípios jurídicos revelavam “caráter meramente programático” (*Ibidem*, p. 258).

³ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Orgs.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 44.

⁴ *Ibidem*.

⁵ AMARAL, Francisco. *A equidade no código civil brasileiro*. *Revista CEJ*, Brasília, n. 25, p. 16-23, abr./jun. 2004. p. 21-22.

⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 9. ed. adapt. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 111 e ss.

⁸ *Ibidem*, p. 112.

⁹ *Ibidem*, p. 120.

¹⁰ *Ibidem*, p. 125. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 262. Nas codificações, permeadas que estavam pelo positivismo jurídico, os princípios apresentam-se como “válvula de segurança”, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos “para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”.

¹¹ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 26.

¹² *Ibidem*, p. 27.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 263: “A concepção positivista ou histórica [...] sustenta basicamente que os princípios gerais de direito equivalem aos princípios que informam o direito positivo e lhe servem de fundamento”.

¹⁵ *Ibidem*, p. 258-259: “De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais”.

¹⁶ *Ibidem*, p. 275; p. 286 e ss.; p. 289: “O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais”.

3.3.3 A prescrição da ação para reclamar indenização por dano moral contra a Fazenda Pública

Leonardo Tibo Barbosa Lima

Advogado publicista, especialista em Direito Público pela UGF/RJ e professor substituto de Direito Constitucional da FAPAM (Faculdade de Pará de Minas, MG).

A indenização pelo dano moral é um direito fundamental (CF, art. 5º, V e X), subjetivo (*facultas agendi*) e de natureza não patrimonial (mas física ou intelectual), possuindo, ainda e por isso mesmo, existência que independe de eventuais efeitos patrimoniais reflexos.

Noutra esteira, a prescrição, instrumento de aplicabilidade do princípio da segurança jurídica, opera, nas ações propostas em face da Fazenda Pública, que versem sobre

toda e qualquer espécie de direito, seja qual for a sua natureza, em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram (art. 1º, Decreto n. 20.910/32).

De logo se vê, portanto, que a prescrição quinquenal, em tese, abraça também o direito à reparação do dano moral, pelas vias do Decreto de 1932. Mas o constituinte de 1988 não adotou a mesma compreensão, porque incluiu a lesão moral dentre os direitos ditos fundamentais.

Assim é que, em alguns Tribunais Federais, toma corpo a teoria de que, em se tratando de lesão à integridade física ou moral, que é um direito fundamental, “ou se deve entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundir-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes, ou a prescrição deve ser a mais ampla possível” (TRF 2ª R. AC 2003.51.01.006582-8 6ª T.esp Rel. Des. Fed. Rogerio Carvalho DJU 16.06.2005 p. 137), que, *in casu*, seria de dez anos, atendendo à regra geral do Código Civil (art. 205).

Corroborando com aquele argumento o fato de que “o exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 181).

Outra importante lição se extrai da AC 19993400026686-5/DF (julgada pelo TRF 1ª R., 6ª Turma, DJU 02.04.2003), em que se conclui que “são imprescritíveis as ações indenizatórias por danos decorrentes de violações a direitos fundamentais, praticadas pelo estado, conforme estabelece o estatuto do tribunal penal internacional, cuja adesão do Brasil foi ratificada pelo presidente da república em 25.09.2002.”

Deveras, as teses de *inexistência de prescrição* e/ou de *prescritibilidade estendida* não vêm sendo acolhidas, infelizmente, pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, para

quem “o prazo prescricional para propositura da ação de indenização por danos morais segue aquele previsto para pleitear a reparação dos prejuízos patrimoniais” (REsp 288724 / PR). Essa posição, com o máximo respeito, não parece coincidir com a interpretação teleológica que se deve imprimir ao art. 5º, V e X da CF/88.

Com efeito, os direitos fundamentais não comportam interpretação restritiva. Nesse diapasão, a Constituição de 1988, ao inaugurar um novo ordenamento jurídico, não se prendeu a disposições contrárias a ela, implícitas ou explícitas. Há de se saber se houve a “recepção” pela norma fundamental da disposição que contra ela se insurge. Ressalte-se que “na recepção, o ordenamento jurídico acolhe um preceito já feito” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4 ed. Brasília: EdUNB, 1994, pág. 39). Mas se há manifesta incompatibilidade, não há recepção.

A conclusão mais acertada, portanto e, *data venia*, inclina-se no sentido de que o art. 1º do Decreto 20.910/32 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, na parte em que estende a prescrição quinquenal a todo e qualquer direito, indistintamente. Isso porque esse entendimento restringiria a aplicabilidade do direito fundamental de proteção à integridade moral e física (reparação do dano moral), de onde decorrem preceitos absolutos, tal qual é o caso, v. g., da própria proibição de tortura (art. 5º, III). A releitura do art. 1º do aludido decreto é necessária e vital para a estabilidade da ordem jurídica, sua segurança e a própria paz social.

3.3.4 O juiz pode valorar provas para aferir a existência das condições da ação?

Samuel Alvarenga Gonçalves

Bacharel em Direito

Oficial do Ministério Público

Para a doutrina majoritária, as condições da ação compõem o objeto da cognição judicial horizontal, ao lado dos pressupostos processuais e do mérito.

Kazuo Watanabe, em excelente monografia sobre o tema, esclarece-nos:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência consistente em considerar e valorar as alegações e as provas trazidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo¹.

Há, entretanto, dois fortes debates na doutrina envolvendo as condições da ação: o primeiro deles consistente em saber se elas fariam, ou não, parte do mérito da demanda; e o segundo, no que diz respeito propriamente ao tema do presente texto, consistiria em saber se o juiz pode valorar provas para aferir as condições da ação.

Vejamos.

Em relação ao primeiro debate, o Código de Processo Civil brasileiro parece ter adotado a orientação de que as condições da ação seriam categoria autônoma no âmbito de apreciação da cognição, tanto que a sua ausência acarreta na **extinção do processo sem julgamento de mérito** (CPC, art. 267, IV) e, portanto, ausentes estariam deste último. É o que se extrai das lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

[...] **Condições da ação.** Para que o juiz possa aferir a quem cabe razão no processo, deve examinar questões

preliminares que antecedem lógica e cronologicamente a questão principal: o mérito, isto é, o pedido. Esta é a última questão que, de ordinário, o juiz deve examinar no processo. Essas questões preliminares dizem respeito ao próprio exercício do direito de ação (condições da ação) e à existência e regularidade da relação jurídica processual (pressupostos processuais). As condições da ação possibilitam ou impedem o exame da questão seguinte (mérito)².

Essa questão tem fundamental importância, pois, a depender do entendimento que se adote, a verificação da existência das condições da ação tomará rumos e feições distintos.

No que concerne ao segundo debate, duas são as teorias que procuram orientar acerca da verificação das condições da ação. Para a primeira delas, chamada de *teoria da apresentação*, as condições da ação devem ser demonstradas pelas partes, **cabendo inclusive produzir provas** para convencer o juiz da sua existência. Para a segunda, denominada de *teoria da asserção, da prospettazione* ou da *prospectação*, a presença das condições da ação deve ser aferida à luz das alegações formuladas pelo autor da demanda, ou seja, deve considerar a relação jurídica material deduzida *in statu assertionis*. Assim, cabe ao juiz admitir provisória e hipoteticamente que as afirmações do demandante são verdadeiras e com isso considerar presentes as condições da ação no processo no momento da propositura da ação, à vista do alegado na inicial³.

A propósito:

Se a inexistência das condições da ação, todavia, for aferida só a final, diante da prova produzida (e não há preclusão nesta matéria, podendo o juiz rever a sua anterior manifestação), duas posições podem ser adotadas: para a primeira (teoria da apresentação), mesmo que venha a final, a decisão será de carência da ação; para a segunda (teoria da prospectação), a sentença nesse caso será de mérito. A primeira teoria prevalece na doutrina brasileira, apesar das abalizadas vozes em sentido contrário⁴.

Disso, já se evidencia uma nítida diferença entre essas duas correntes: na *apresentação*, caso ao final não estejam presentes as condições da ação, o autor deverá ser considerado *carecedor da ação*, já que não conseguiu *provar* as condições de admissibilidade da demanda no curso do processo; na *prospectação*, ao contrário, o caso será de julgamento improcedente de mérito, vez que as condições já haviam sido hipoteticamente consideradas presentes quando do ajuizamento da ação.

Noutro passo, também já ficou claro que, quando se adota a *teoria da apresentação*, possível será ao juiz a valoração de conjunto probatório erigido dos autos a qualquer momento, haja vista que a verificação de sua existência se dará de acordo com o que for apresentado pelas partes, além de se tratarem as condições da ação de matéria de ordem pública, podendo ser conhecidas inclusive de ofício (CPC, art. 267, §3º). Registramos, sem maiores comentários, que para muito doutrinadores a filiação a essa corrente consistiria em uma inegável adoção à teoria concreta da ação.

Por outro lado, quando se trabalha com a teoria da asserção, não será possível aferir provas para verificar a presença das condições da ação, uma vez que o juiz deve considerá-las diante do que foi afirmado pelo autor.

Há parte da doutrina que sustenta que o juiz também poderá valorar provas quando do seu exame preliminar, pois, além das alegações terem de vir acompanhadas de um lastro probatório mínimo para que possam ser aceitas pelo juiz, haverá

certas situações em que a própria lei ensejará uma investigação específica e preliminar em torno de uma das condições da ação.

No primeiro caso, elucida Leonardo Greco:

Entretanto, a simples asserção não pode ser considerada suficiente para conferir ao autor o direito da ação, sob pena de autolegitimação. A afirmação de situação fático-jurídica apta hipoteticamente ao acolhimento do pedido formulado deve estar acompanhada de um mínimo de verossimilhança e de provas capazes de evidenciar a possibilidade concreta desse acolhimento e de que a iniciativa do autor não submete o réu a ônus de plano manifestamente abusivo de defender-se de uma demanda inviável⁵.

E logo em seguida, arremata Leonardo Greco que se essas alegações foram de tal modo absurdas ou vierem desacompanhadas de qualquer indício de verossimilhança, o autor deverá ser considerado carecedor da ação para não submeter o réu ao ilegal constrangimento de ter que se defender de uma demanda sem qualquer causalidade adequada⁶.

Na segunda hipótese, é Kazuo Watanabe quem explica que poderá ocorrer nessa fase preambular a análise de elementos probatórios referentes, basicamente, a documentos cuja apresentação seja exigência da lei, como o título executivo para a ação de execução, documento de aquisição do imóvel, devidamente registrado, para a propositura da ação reivindicatória, contrato escrito para o qual se pleiteia a sua anulação ou, ainda, prova da constituição, há mais de um ano, da associação civil, e de sua finalidade institucional, para a propositura de ação civil pública. Nesse último caso, por exemplo, a atividade probatória é desenvolvida apenas para a aferição de uma das condições da ação (legitimidade de agir), nada tendo a ver com o mérito da causa⁷.

Respeitosamente, discordamos dos autores acima citados, pois a nosso ver o que ocorre nessas hipóteses é tão-somente a análise de alguns aspectos particulares das condições da ação e não uma verdadeira valoração probatória. Certo é que o tema é polêmico e ainda está longe de se pacificar.

Notas e referências bibliográficas:

¹ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2005, p. 67.

² *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 710.

³ Conforme Alexandre Freitas Câmara, in *Lições de Direito Processual Civil vol. I*. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 131.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 269.

⁵ GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 2003, p.24.

⁶ Idem, *ibidem*.

⁷ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2005, p. 98.

3.3.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área**A) Obras doutrinárias****3.3.5.1 NERY JUNIOR Nelson, Teoria geral dos recursos. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.**

Este foi o primeiro livro no Brasil a tratar especificamente, de maneira extremamente didática, sistematizada e abrangente, de toda a principiologia dos recursos no processo civil, bem como discorrer sobre as principais questões relativas à sua admissibilidade e efeitos. Já consagrado nacionalmente, o autor no mesmo livro também tece várias ponderações acerca da desconsideração

da coisa julgada, apontando as variadas correntes sobre a matéria, chegando a sustentar que essa seria uma tese nazista. O livro está mais completo, atualizado com as modificações ocorridas no CPC pelas Leis 10.352/01 e 10.444/02. Não obstante o aspecto normativo, o insigne processualista amplifica conceitos, apresenta inúmeras idéias e soluções acerca da sistemática recursal.

3.3.5.2 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Luiz Edison Fachin destaca-se no cenário jurídico brasileiro como um jurista de vanguarda. Suas obras se diferenciam pela abordagem crítica e atual dos institutos jurídicos do direito privado. Nesse sentido, a obra *Teoria Crítica do Direito Civil* segue fiel a orientação doutrinária de seu autor, pois propõe uma teoria crítica para captar as transformações que perpassam o Direito Civil brasileiro contemporâneo. Para tanto, é feita uma análise da crise e da conseqüente superação da teoria tradicional do direito civil,

através da releitura crítica de estatutos jurídicos fundamentais do direito privado.

Ademais são apresentados os novos paradigmas do Direito Civil contemporâneo, as suas conseqüentes transformações conceituais e as tendências comportamentais do século XX ao terceiro milênio. A obra propõe uma visão hermenêutica que supere a mera exegese e faz uma análise do Código Civil de 2002, apresentando-o como uma nova lei, mas com os antigos problemas.

B) Artigos

3.3.5.3 CABRAL, Antônio do Passo. **O contraditório como dever e boa-fé processual objetiva**. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 126, 2005, pp. 59/81.

Antônio do Passo Cabral é Juiz Federal e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Em seu artigo, ele faz uma abordagem bastante didática acerca do contraditório sob inúmeras perspectivas, *e.g.*, como direito da parte de informação-reação no processo e como dever e participação dos sujeitos do processo, o imperativo constitucional da boa-fé e, ainda, um sugestivo e

interessante tópico nominado de *O carnaval procedimental: Boa-fé x ampla defesa*.

Assim, valendo-nos das próprias palavras do jurista, “o contraditório assume atualmente outras feições, sendo ampliada sua concepção, como se verá, no sentido de importar em deveres para os litigantes e de participação do juiz em verdadeiro debate judicial” (p. 60).

3.3.5.4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Novo Código Civil e as Regras Heterotópicas de Natureza Processual**. In Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, n.º 32, 2004, pp. 15/34.

Segundo aponta o ilustre jurista mineiro, Humberto Theodoro Júnior, não é estranho haver normas processuais em diplomas de direito material, bem como normas de direito material em diplomas de direito processual – assim chamadas pela doutrina de *normas heterotópicas*.

contenciosa, sobretudo” (p. 17).

Vale destacar, por fim, a orientação do eminente professor no caso de colidência dessas normas:

Nesse contexto, o autor propõe-se a analisar e interpretar vários artigos do Novo Código Civil “que, de forma ostensiva, tenham feito enunciações típicas de preceitos processuais e, com isto, tenham afetado regras anteriormente traçadas pelo CPC, em matéria de jurisdição

Qualquer conflito normativo entre os dois estatutos legais não se resolverá pela especialização da lei, nem pela pesquisa da natureza intrínseca do preceito, mas pelo princípio do direito intertemporal consagrado pela LICC. A lei nova revoga a anterior, pouco importando o tipo de Código dentro do qual o preceito inovativo tenha sido editado (p. 16).

3.3.5.5 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Os juros no novo Código Civil e suas implicações para o direito do consumidor**. In Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 53, 2005, pp. 78/88.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes é Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela PUC-SP, além de Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metropolitana de Santos.

se refere aos juros” (p. 78).

O artigo destaca-se pela maneira didática e sistemática com a qual o autor analisa “a problemática surgida com a entrada em vigor do Novo Código Civil no que

Outro ponto de relevância é que o autor disserta sobre os vários institutos que circundam o tema enfocado e que, não raras vezes, trazem alguma dificuldade de compreensão aos aplicadores do direito: *o que é taxa Selic, juros de mora, correção monetária, correção de alguns tributos, juros remuneratórios etc.*

3.3.5.6 MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelos diálogos das fontes: o modelo brasileiro e coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo n. ° 51, p. 34/ 68.

Neste texto, Cláudia Lima Marques aborda a questão da unificação das obrigações civis e empresariais, trazidas pelo Código Civil de 2002, comparando o modelo *sui generis* de regular as relações mistas entre consumidores e fornecedores adotado pelo Brasil, com os diferentes modelos existentes nos principais países do Direito Comparado romano-germânicos, ou seja, a Itália, a Alemanha e a França.

Como uma segunda reflexão, a autora apresenta uma nova forma de resolver as eventuais antinomias aparentes existentes entre o CDC e o CC/2002. Nesse sentido, busca na teoria do *diálogo das fontes* do jurista alemão Erik Jayme, a solução mais adequada em um contexto pós-moderno, pois, com a pluralidade de leis ou fontes existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ficam explícitos os limites tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo. No modelo tradicional, a solução apresentada nos casos de antinomia aparente é a retirada de uma das leis do ordenamento jurídico. De acordo com a teoria de Erik Jayme, apresentada pela autora, a solução é outra:

[...] no lugar do conflito de leis, a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. Uma coordenação flexível e útil (*effect utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se, assim, o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do “monólogo” de uma só norma (a “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao “diálogo” das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade visada ou “narrada” em ambas. Este atual e necessário “diálogo das fontes” permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com finalidade de proteção efetiva. (p. 59)

É mister esclarecer que o jurista pós-moderno deve estar atento às teorias que ao serem instrumentalizadas atinjam resultados mais eficazes. Nesse sentido a teoria de Erik Jayme, apresentada pela autora neste texto, torna-se de leitura obrigatória.

3.3.6 Jurisprudências da área

3.3.6.1 STJ, 1ª Turma. *Interposição de Recurso. Conhecimento pelo Tribunal de norma que dispõe sobre feriado local. Princípio ‘Jura Novit Cura’*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO JURA NOVIT CURIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 337 DO CPC. 1. O princípio jura novit curia aplica-se inclusive às normas do direito estadual e municipal. A parte não está obrigada a provar o conteúdo ou a vigência de tal legislação salvo quando o juiz o determinar (CPC, art. 337). 2. Presume-se de conhecimento do STJ a suspensão do expediente forense previsto em norma de direito local, ficando a parte dispensada

de juntar prova a respeito no momento da interposição do recurso, salvo se o Tribunal o exigir. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 659381/RJ. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Acórdão de 06 set. 2005. DJU 19 set. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=659381&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em 20 out. 2005).

3.3.6.2 STJ, 2ª Seção. *Ações de indenização por dano moral e patrimonial decorrente de acidente do trabalho. Competência da Justiça do Trabalho. Estabilização da demanda nos casos de sentença proferida antes da entrada em vigor da EC/45*

EMENTA: COMPETÊNCIA. AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. APLICAÇÃO IMEDIATA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA, NA LINHA DO ASSENTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO IMEDIATA DO TEXTO CONSTITUCIONAL AOS PROCESSOS EM QUE AINDA NÃO PROFERIDA A SENTENÇA. - A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, a competência para processar e julgar as ações reparatórias de danos patrimoniais e morais decorrentes de acidente do trabalho é da Justiça do Trabalho (Conflito de Competência n. 7.204-1/MG-STF, relator Ministro Carlos Britto). - A norma constitucional tem aplicação imediata.

Porém, “a alteração superveniente da competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida. Válida a sentença anterior à eliminação da competência do juiz que a prolatou, subsiste a competência recursal do tribunal respectivo” (Conflito de Competência n. 6.967-7/RJ-STF, relator Ministro Sepúlveda Pertence). Conflito conhecido, declarado competente o suscitante (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência n.º 51712/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. Acórdão de 10 ago. 2005. DJU 14 set. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=51712&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=2>>. Acesso em 20 out. 2005).

3.3.6.3 STJ, 4ª Turma. *Prazo decadencial para ajuizar ação rescisória quando o último recurso foi julgado intempestivo*

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. Decadência. Recurso intempestivo. O prazo de decadência da rescisória começa a fluir a partir do trânsito em julgado do acórdão que julga intempestiva a apelação, salvo se demonstrado o comportamento malicioso do apelante, que age de má-fé para reabrir prazo recursal já vencido. Não demonstrada essa situação, o razoável é considerar que o recorrente confiava na eficácia do seu recurso, contando apenas do seu julgamento o prazo para a ação de rescisão. Entendimento diverso obrigará as partes a ingressarem com o recurso e com a ação rescisória, pois ninguém sabe de antemão qual será o julgamento sobre a

admissibilidade. Anulação do acórdão que não fundamentou o deferimento de indenização em valores muito acima dos concedidos para a mesma situação. Recurso conhecido em parte, pela divergência, mas desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n.º 441252/Ce. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Acórdão de 22 dez. 2002. DJU 17 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=441252&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=6>>. Acesso em 20 out. 2005).

3.3.6.4 STJ, 2ª Turma. *Legitimidade do consumidor para ajuizamento de ação que visa afastar a cobrança de ICMS em relação à habilitação de telefonia móvel*

EMENTA: TRIBUTÁRIO ICMS TELEFONIA MÓVEL CELULAR SERVIÇO DE HABILITAÇÃO - AFASTAMENTO DA EXAÇÃO - LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO CONTRIBUINTE DE FATO. 1. Firmou-se nesta Corte jurisprudência no sentido de reconhecer a legitimidade que tem o consumidor para mover ação visando a afastar a exigência do ICMS, na condição de contribuinte de fato. 2. Pacificou-se, da mesma forma, o entendimento quanto à não incidência desse tributo sobre o serviço de habilitação do telefone móvel celular. 3. A uniformização deu-se a partir da interpretação do disposto no art. 2º, III, da LC 87/96, o qual só contempla o ICMS sobre os serviços de comunicação stricto sensu, não sendo possível, pela

tipicidade fechada do direito tributário, estender-se aos serviços meramente acessórios ou preparatórios à comunicação. 4. As previsões de incidência constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98 não podem prevalecer, ante o disposto na Lei Complementar 89/96 e na Lei de Telecomunicações 9.472/97. 5. Recurso especial improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n.º 617107/SP. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Acórdão de 02 ago. 2005. DJU 29 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=617107&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=1>>. Acesso em 20 out. 2005).

3.3.6.5 TJDF, 1ª Turma Cível. *Declinação de ofício da competência relativa territorial pelo juiz quando houver manifesto prejuízo para o consumidor. Ponderações no caso concreto*

EMENTA: COMPETÊNCIA TERRITORIAL. Não pode ser declinada de ofício. Somente por meio de exceção. Salvo se houver manifesto prejuízo ao consumidor. A competência territorial é relativa e não pode ser declinada de ofício, conforme a súmula 33 do STJ. Só pode ser reconhecida após a manifestação do réu, por meio da exceção de incompetência prevista no art. 112 do CPC. Ou se for manifesto o prejuízo para o consumidor. Em face disso, o juiz deve tomar o cuidado para não proferir decisão precipitada, sobretudo quando o réu ainda não foi citado. O julgador deve aguardar a iniciativa do réu, porque pode ser conveniente para ele que a ação continue tramitando no juízo onde o feito foi distribuído, ainda que não seja o do seu domicílio, e a ação envolva relação de consumo. Pode o réu, por exemplo,

trabalhar em tal circunscrição ou seu advogado ter escritório em tal área. Não opondo a exceção declinatória do foro, no prazo, prorroga-se a competência relativa, de acordo com o art. 114 do CPC. Daí, pois, a necessidade de se aguardar a manifestação do réu (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Primeira Turma. Agravo de Instrumento n.º 20030020086061AGI/DF. Relator: Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI. Acórdão de 18 out 2004. DJU 03 dez. 2005. Disponível em: < <http://tjdf19.tjdf.gov.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=1&PGATU=1&l=19&ID=2170260193&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em 20 out. 2005).

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 A Ineficácia Social da Pena de Multa

Marcelo Cunha de Araújo

Promotor de Justiça



Marcelo Cunha de Araújo

De acordo com os preceitos do Direito Penal e Processual Penal, a pena de multa será aplicada diretamente, quando prevista no preceito secundário do tipo *incriminador*, ou em substituição a pena privativa de liberdade, quando possível e adequado.

Ocorre que, como vem acontecendo freqüentemente na prática forense, os Magistrados, nos casos de pequena monta das penas privativas de liberdade,

costumam substituir indiscriminadamente as mesmas pela pena de multa, a teor do art. 60, § 2º do CPB ou, sendo previsto abstratamente, aplicam-na diretamente.

Mas, como se poderá notar da presente argumentação, embora a pena de multa seja adequada a certos casos, com certeza não o é a todos, por uma série de razões a serem elencadas.

Em primeiro lugar, o que ocorre, após a aplicação e trânsito em julgado da pena de multa, é a execução da dívida ativa pelo próprio órgão ministerial (isto quando não remetida a Certidão de Dívida Ativa à Procuradoria do Estado para Execução a qual nem mesmo será proposta) que, quase sempre, fica frustrada pela falta de pagamento do devedor e a inexistência de bens (sem mencionar o fato de que, na maioria das vezes, a pena de multa, em si, é radicalmente inferior ao custo do processo). Essa é uma solução que entendo ser incompatível com a grandeza e a capacidade dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Saliente-se que a pena de multa, quando pensada na elaboração da nova Parte Geral do CP, não privilegiava a inadimplência do condenado, prevendo sua óbvia conversão, em casos de descumprimento, na pena privativa de liberdade (afinal de contas, a *ultima ratio* do Direito, o Direito Penal, aplicou resposta desaprovadora de determinada conduta social). A Lei 9268/96, por sua vez, procurando solucionar outros conhecidos problemas, transformou-a em dívida de valor, impedindo a anterior conversão sem lhe retirar as características penais (art. 51 do CP). Essa alteração nos efeitos, e não nas causas, por causar a completa ineficácia social do pronunciamento jurisdicional, deve ser levada em consideração pelos operadores do direito quando da interpretação do conjunto de normas que explicitam o *modus procedendi* de aplicação de sanção criminal.

Assim, apenas a título de exemplo, aplicando-se a substituição de pena privativa de liberdade, não pela pena de multa, mas pela prestação pecuniária, ainda que no mesmo valor da multa (cf. art. 43, I do CP), nada substancial mudaria. Estar-se-ia, da mesma forma, adotando uma pena não privativa de liberdade. A diferença relevante, entretanto, é que, no caso de descumprimento, não haveria a total ineficácia da resposta do Poder Judiciário à questão, podendo a pena ser convertida em privativa de liberdade novamente.

Afinal, após casos sérios (como por exemplo de reiterada violência doméstica ou de delitos de trânsito com graves

conseqüências), que exigem atuação do Judiciário, não se pode admitir que, por incapacidade do Estado em vislumbrar uma resposta adequada, o réu já condenado se quede beneficiado por sua própria inadimplência.

Insta apontar, também, a incongruência em se permitir a inadimplência do condenado após todos os custos de tempo e dinheiro do processo (tempo e custo do Juiz, Promotor de Justiça, Advogado, Serventuários da Justiça, Estagiários, Delegado de Polícia, Policiais Civis e Militares, além dos custos de material de consumo e operacionais, necessários a toda estrutura).

Chega-se, por fim, que, nas hipóteses de necessidade de eficácia social da prestação jurisdicional (leia-se, nos casos em que a atuação do Juiz poderá auxiliar o cidadão na solução de seu problema), a punição deve ser cabalmente individualizada, levando-se em consideração a pena adequada e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. A teor do art. 59 do CPB: “*O juiz, (...) estabelecerá, conforme seja adequado e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I as penas aplicáveis dentre as cominadas*”.

Ainda, pela pertinência do enunciado nº 29 do Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, citamos o entendimento que demonstra a importância de averiguar o Magistrado a adequação da penalidade aplicada ao caso:

Enunciado 29. Nos casos de violência doméstica, a transação penal e a suspensão do processo, deverão conter, preferencialmente, medidas sócio-educativas, entre elas acompanhamento psicossocial e palestras, visando a reeducação do infrator, evitando-se a aplicação de pena de multa e prestação pecuniária.

Como já dito, na hipótese de aplicação (ou substituição) da pena de multa, em caso de não pagamento, como sói acontecer na *praxis*, o processado terá por certo que a Justiça é um lugar inócuo, eis que, após ser efetivamente condenado, nada ocorrerá (em vista da execução de dívida pública de multa ser, na quase absoluta totalidade dos casos, frustrada). Além disso, inferirá o então condenado que pode praticar qualquer tipo de crimes, eis que o Estado não tem estruturas operantes.

Caso seja aplicada a pena privativa de liberdade, que poderá ser convertida em restritiva de direitos, haverá uma resposta estatal apropriada. Nessa hipótese, em caso de descumprimento, existirão elementos de coerção, gerando a percepção, no acusado, que a Justiça Criminal é efetiva e que o fato praticado pelo mesmo mereceu séria resposta do Judiciário. Ressalte-se que isso se encontra em perfeita consonância com o Princípio Constitucional da Individualização da Pena, devendo a mesma ser adequada ao fato e à repressão e prevenção do delito. Dessa feita, os arts. 60, § 2º e 44 do CP devem ser entendidos de forma sistêmica, levando-se em conta o princípio constitucional e o art. 59, I do CP.

Resumindo, entendo que a mensagem que procurei externar aos colegas é que, tanto nesta ocasião, como em qualquer outra, não deve o operador do Direito ser um fiel escravo dos dogmas positivados pela doutrina e legislação. Deve, muito mais que isso, embasado numa interpretação construtiva e sempre jurídica, buscar um meio de alterar a vida das pessoas que se colocam perante o Judiciário, auxiliando na solução efetiva de seus problemas.

3.4.2 Transação penal e “sursis” processual na ação penal privada exclusiva e o papel do Ministério Público

Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça
Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Com o advento da Lei n.º. 9.099/95, houve um entendimento inicial de que nos casos de delitos em que se procede mediante ação penal privada não seria possível o oferecimento da transação penal e do *sursis* processual, tendo em vista que os arts. 76 e 89 da citada lei fazem referência apenas à hipótese de ação penal pública.

Esse posicionamento decorre de uma interpretação literal dos mencionados dispositivos legais que causa injustiças e afronta a hierarquia das normas, por infringir diversos princípios constitucionais, entre os quais o da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do devido processo legal (art. 1.º, inc. III, art. 5.º, *caput* e inc. LIV, da Carta Magna).

Atualmente, porém, essa questão encontra-se superada, havendo inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da transação penal e do *sursis* processual aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, inclusive nas ações penais exclusivamente privadas¹. Nesse contexto, resta sabermos quem deve propor essas benesses no caso de ação penal privada: seria o querelante (ou quem tenha qualidade para representá-lo) ou o membro do Ministério Público?

Tal questão ainda é controversa, mas, a nosso ver, na hipótese de ação penal privada subsidiária da pública, o Ministério Público pode, no caso de omissão infundada do queixoso, propor a transação penal ou a suspensão condicional do processo (art. 29 do CPP).

No que tange à ação penal privada exclusiva, entendemos que a legitimidade para oferecer tais benefícios é tão-somente do querelante (ou seu representante), por ser o único titular da ação (art. 30 do CPP), motivo pelo qual, nesse caso, o representante do Ministério Público não pode suplantar a vontade do querelante e oferecer transação penal ou *sursis* processual ao querelado, da mesma forma que não cabe ao *parquet* apresentar peça de ingresso nas ações dessa natureza, caso o ofendido (ou seu representante) não o faça. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA. I . Suspensão condicional do processo e recebimento de denúncia. Cabível, em tese, a suspensão condicional do processo, é válido o acórdão que não a tendo proposto o autor da ação recebe a denúncia ou queixa e determina que se abra vista ao MP ou ao querelante para que proponha ou não a suspensão: não faria sentido provocar a respeito o autor da ação penal antes de verificada a viabilidade da instauração do processo. II. **Suspensão condicional do processo instaurado mediante ação penal privada: acertada, no caso, a admissibilidade, em tese, da suspensão, a legitimidade para propô-la ou nela assentir é do querelante, não, do Ministério Público** – grifamos (HC 81720/SP Rel. Min. Sepúlveda Pertence - 1ª Turma data do julgamento 26/2/2002 publicação D.J. 19/4/2002).

Nesse contexto, o autor da ação penal privada deve proceder nos moldes do art. 89, *caput*, da Lei n.º. 9.099/95, ou seja, propor o *sursis* processual no momento da apresentação da queixa.

Discute-se, porém, como o ofendido (ou seu representante) deve proceder no caso de transação penal: peticionar ao juiz requerendo a designação de audiência preliminar para

tentativa de composição civil e transação penal, sem apresentar queixa; ou oferecer a peça de ingresso junto com a proposta de transação para o caso de não se chegar a uma composição civil?²

Cremos que o legitimado para ação penal privada exclusiva pode optar por qualquer desses dois caminhos, atentando, porém, para o risco de decadência (art. 38 do CPP), caso seja pedida a designação de audiência preliminar sem o concomitante oferecimento da queixa, visto que pode haver demora na realização desse ato. Destarte, é recomendável a apresentação da queixa junto com o pedido de designação de audiência para tentativa de composição civil e proposta de transação penal.

E qual seria a consequência na hipótese de omissão infundada do querelante em propor a transação penal ou o *sursis* processual? Nesse caso, o representante do Ministério Público ou o próprio juiz poderiam propor tais medidas, por se tratar de direito subjetivo do querelado?

Embora o juiz não seja um mero espectador nas audiências designadas para oferecimento de transação penal ou de *sursis* processual, visto que é sua incumbência o controle da legalidade e da razoabilidade da proposta, não poderá, de forma alguma, oferecer tais benefícios em nome do querelante, assim como não pode fazê-lo no lugar do Ministério Público nos casos de ação penal pública (Súmula 696 do STF), devido ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*.

O representante do Ministério Público, por sua vez, também não pode requerer a aplicação dessas medidas no lugar do querelante, nem mesmo como *custos legis*, visto que, não obstante seja um direito subjetivo do querelado, é o querelante quem deve sofrer as consequências de sua infundada omissão no caso de ação penal privada exclusiva.

Assim sendo, se o querelante deixa de oferecer, sem fundamento, a transação penal ou o *sursis* processual, é forçoso o reconhecimento da preempção, após o decurso do prazo de 30 dias, com a consequente extinção da punibilidade do querelado (art. 60, inc. I, do CPP, e art. 107, inc. IV, do CP).

Caso o querelante ofereça a transação ou a suspensão condicional do processo com condições desproporcionais (ex: pagamento de elevada soma a instituição de caridade), caberá ao membro do Ministério Público manifestar-se de forma contrária e ao juiz indeferir a pretensão da parte. Porém, se o querelado aceitar a proposta desproporcional e, assim mesmo, houver homologação judicial, o Ministério Público, como *custos legis*, tem legitimidade para recorrer.

Concluimos, portanto, que, na ação penal exclusivamente privada, o papel do Ministério Público, como fiscal da lei, será apenas de mediador, visando ao consenso entre querelante e querelado, não podendo oferecer transação penal ou suspensão condicional do processo no caso de omissão infundada do ofendido (ou seu representante), até porque o direito penal não pode servir de instrumento para a mera vingança privada. No caso de efetiva homologação judicial de qualquer dessas medidas, com condições não razoáveis e desproporcionais ao fato praticado, o representante do Ministério Público deve recorrer na condição de *custos legis*.

Notas e referências bibliográficas:

¹ RHC 13800/SP Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, data do julgamento 28/10/2003 publicação D.J. 01/12/2003, p. 368; HC 32924/SP Rel. Min. Gilson Dipp 5ª Turma data do julgamento 28/4/2004 publicação D.J. 14/6/2004, p. 258; HC 34085/SP Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma data do julgamento 8/6/2004 publicação D.J. 2/8/2004, p. 457.

² ANSANELLI JUNIOR, Angelo. *A transação penal nos crimes de ação penal privada*. Belo Horizonte: Boletim do Instituto de Ciências Penais, n.º. 44 ano III, março de 2004, p. 6; ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Considerações Práticas sobre o Juizado Especial Criminal*. Belo Horizonte: Boletim do Instituto de Ciências Penais, n.º. 43 ano III, janeiro/fevereiro de 2004, p. 9.

3.4.3 Transação penal e suspensão condicional do processo na Justiça Militar estadual

Fabiano Ferreira Furlan

Promotor de Justiça

Mestre em Direito Processual pela PUC-MG; Doutor em Direito Constitucional pela UFMG



Fabiano Ferreira Furlan

As experiências decorrentes do encarceramento de pessoas demonstraram que a pena privativa de liberdade, cumprida nos presídios brasileiros, não apenas deixou de atingir seus fins como tem levado os infratores a aperfeiçoarem suas técnicas. Como se isso não bastasse, o custo para o Estado é muito alto, o índice de reincidência é absurdo, além do grande número de mandados de prisão

expedidos que estão aguardando cumprimento para levarem outras pessoas a viver dentro de verdadeiras masmorras superlotadas.

Sensível à essa realidade, o legislador esculpiu a Lei nº 9.099/95, trazendo institutos fundamentais para a atenuação dos problemas ventilados, viabilizando a efetivação da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Desde 1995, portanto, os institutos trazidos estavam sendo plenamente aplicados na Justiça Militar, inclusive, com respaldo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que, através da modificação legislativa trazida pela Lei nº 9.839, de 27.09.1999, foi inserida a redação do artigo 90-A na lei dos juizados especiais criminais, vedando a aplicação dos institutos aludidos na Justiça Militar.

Segue a redação do artigo em questão: “art. 90- As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.”

A partir da alteração legislativa, deu-se início a uma grande controvérsia sobre a aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo na justiça castrense, predominando o entendimento da vedação.

Apesar do exposto e assumindo a posição minoritária, acredito que a inconstitucionalidade do dispositivo legal é manifesta.

O legislador deixou de observar o princípio da igualdade previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, cuja apreciação não é feita ao acaso, pois há regras que a norteiam, conforme aponta a doutrina.

Parece-nos que o reconhecimento das diferenças que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a Segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. (MELLO, Celso Antonio

Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3 ed. atual. São Paulo: Malheiros. 1997, p. 21)

Nesse sentido, a aplicação do princípio da igualdade leva em consideração três critérios distintos que são: o elemento discriminador, a finalidade e o nexa causal. Para melhor visualização, exponho o seguinte exemplo: suponhamos que uma lei estabeleça que só poderão fazer parte da guarda de honra, nas cerimônias militares oficiais, os soldados de estatura igual ou superior a um metro e oitenta centímetros. O elemento discriminador é a estatura e a finalidade é dar ao cerimonial uma conotação formal distinta. Essa postura legislativa, embora tenha elencado a estatura como elemento discriminador, não seria inconstitucional, já que visa cumprir uma finalidade razoavelmente aceita.

Diversa é a hipótese que se verifica na disposição constante do artigo 90-A, da Lei nº 9099/95. Aqui, verifica-se como elemento discriminador a Justiça Militar e, de forma mais direta, considerando o âmbito estadual, o policial militar, mas qual seria a finalidade? Será que poderíamos responder que essa é a preservação da hierarquia e da disciplina, mencionadas no artigo 42 da Constituição Federal? Seria a relevância das funções desempenhadas por esses agentes públicos? Onde está o nexa causal?

Com efeito, a resposta dessas questões aponta para o fato de o legislador ter estabelecido critérios de distinção ilegítimos no tratamento dado.

No que tange ao elemento discriminador, não é razoável deixar de aplicar certos institutos jurídicos em benefício de pessoas que figuram como réus nos feitos que tramitam na Justiça Militar só pelo fato de atuarem como policiais militares, sob pena de atribuir-lhes a qualidade de super-homens, quando são pessoas comuns que têm suas respectivas famílias para cuidar.

No que tange à finalidade considerada, cumpre observar que esse requisito também não encontra amparo constitucional. O fato de a transação e a suspensão condicional do processo serem aplicadas na esfera militar nunca afrontaria os pilares que sustentam a doutrina militar (hierarquia e disciplina) ou a relevância das funções que cumprem, tanto que, antes da nova lei, o instituto era amplamente aplicado de forma praticamente pacífica sem que qualquer afronta desse naipe fosse ventilada.

O militar julgado na Justiça Comum tem direito à aplicação dos institutos da lei dos juizados especiais criminais. Ora, na Justiça Comum o militar pode realizar a composição civil, faz jus a transação penal, exige-se a representação como condição de procedibilidade etc. Será que por figurar como parte na Justiça Comum ele deixou de ser militar? Não atuava mais no desempenho de suas funções? A disciplina e a hierarquia, tão defendidas, deixaram de ser abaladas já que se está no âmbito da Justiça Comum?

Nesse sentido, respeitados os posicionamentos contrários, não vislumbro justificativa consistente para a defesa da constitucionalidade do artigo 90-A da 9.099/95.

3.4.4 Direito de queixa e de representação do menor de dezoito anos e do representante legal. Interpretação conforme os preceitos constitucionais afetos à proteção da infância e da juventude

Leandro José Vilas Boas

Especialista em Direito Público.

Técnico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais



Leandro José Vilas Boas

Em recente decisão¹, a Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, negando provimento por unanimidade a recurso interposto pelo Ministério Público, confirmou decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Contagem, que declarou

extinta a punibilidade de réu acusado pela prática de crime de atentado violento ao pudor contra menor, de seis anos de idade, em razão de não ter sido oferecida pelo representante legal deste, no prazo legal, a necessária representação.

O referido julgado baseou-se fundamentalmente na lição de Eugênio Pacelli, que continua defendida na mais recente edição de seu *Curso de Direito Processual Penal*². Segundo o entendimento do insigne autor, prestigiado pelos eminentes desembargadores mineiros, sendo a vítima menor de dezoito anos, portanto sem capacidade para estar em juízo, o direito de queixa ou representação é exercido integralmente por seu representante legal e ela apenas poderá ingressar com a queixa ou representar, quando atingida a referida idade, se já não decorreu integralmente o prazo decadencial para o representante ou se este não tiver renunciado ao direito expressamente.

A nosso ver, tal entendimento não nos parece o mais correto. O argumento implica um excesso de poder conferido ao representante legal do menor de dezoito anos, em flagrante detrimento dos interesses deste, o titular do bem jurídico lesado (no caso sua liberdade sexual). Isso não se coaduna com o nosso regime constitucional, o qual prevê entre os fundamentos da própria República Federativa do Brasil o respeito à dignidade

humana (CF, art. 1º, inciso III), coloca o direito à infância entre os direitos e garantias fundamentais (CF, art. 6º) e afirma, de maneira peremptória:

Art. 227. **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.**³ - grifamos

Assim, em casos como o do acórdão referido, faz-se necessário que o julgador dê à norma legal uma interpretação que respeite a maior efetividade possível do direito de proteção ao menor, que é naturalmente hipossuficiente.

Dessa forma, é necessário que se reconheça a autonomia e independência dos prazos decadenciais para os direitos de queixa e representação, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal contido na Súmula 594⁴, plenamente aplicável a essa hipótese⁵.

Noutro giro, caso o representante legal manifeste-se expressamente pela renúncia ou comportar-se com injustificável desídia, deverá o magistrado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, declarar a colisão de interesses e nomear curador especial para o menor (art. 33 do Código de Processo Penal) que exercerá o direito de queixa ou representação.

Portanto, em qualquer hipótese, há que ser especialmente protegido o menor, conforme decorre da própria disciplina constitucional.

Notas e referências bibliográficas:

¹ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº. 1.0079.03.078817-2/001. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 17 out. 2005.

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

³ BRASIL. Constituição da República da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 out. 2005.

⁴ Súmula 594. Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal

⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 113/114.

3.4.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.4.5.1 PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica** Bauru, SP: Jalovi, 1980 e PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

Não se pode imaginar o Direito como ciência estanque, meramente contemplativa. Uma análise dos eventos jurídicos contemporâneos não pode prescindir da interpretação histórica, deixando de lado a evolução dos fatos, dos usos e costumes da sociedade.

Essa evolução, no que diz respeito ao Direito Criminal no Brasil, está presente em: *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica e Processo Penal: Evolução*

Histórica e Fontes Legislativas, de José Henrique Pierangelli

A progressão histórica dos Códigos Penais do Brasil parte das Ordenações Filipinas e chega ao Código Penal de 1.969. É dada ao leitor uma visão panorâmica da nossa legislação penal, proporcionando uma análise comparativa dos diversos institutos criminais ao longo do tempo. É o que se observa da interferência católica, na época do Império, presente nas ordenações Filipinas, no Título IV: “Dos que

benzem cães, ou bichos sem auctoridade d'El-Rey, ou dos Prelados” ou na concepção elitista do adultério, no Título XXXVIII: “Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assi a ella, como o adúltero, **salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade**” (grifo nosso).

Já na transmutação dos códigos de processo penal,

3.4.5.2 STASIAK, Vladimir. **As condições da ação penal: perspectiva crítica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

O objetivo desta obra é fazer uma análise crítica das condições da ação dentro da temática da teoria geral do processo, que neste trabalho recebe um redirecionamento com o objetivo de manter a autonomia metodológica do processo penal, fundamentado em uma visão moderna e viável, possibilitando a revisão das condições da ação.

Mesmo alinhado à idéia de uma teoria geral do processo, desvincula-se daqueles que, tendo a mesma orientação teórica, fazem do processo penal apenas um apêndice do processo civil. Nesse sentido, inúmeras são as críticas feitas quanto à adoção de conceitos advindos do processo civil, que são transportados para o processo penal, sem o devido critério científico e metodológico, o que tornaria possível a recepção de tais conceitos, desrespeitando assim a autonomia metodológica do processo penal.

O livro busca demonstrar os problemas que fazem parte da processualista penal na atualidade, apresentando com objetividade e clareza o escopo de tal ciência jurídica,

B) Artigos

3.4.5.3 SOUZA, Calixto Oliveira. **Alegações finais e a apresentação de subsídios para a fixação da pena pretendida.** In XV Congresso Nacional do Ministério Público: “Ministério Público e Paz Social”. Gramado (RS): 2003. Tese n.º 111, pp. 564/570.

As teses jurídicas sustentadas durante a realização do XV Congresso Nacional do Ministério Público: *Ministério Público e Paz Social*, realizado em outubro de 2003 na cidade de Gramado (RS), foram compiladas em um bem elaborado compêndio pela Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul e pela Associação Nacional dos Membros dos Ministérios Públicos.

Dentre as dissertações apresentadas, gostaríamos de indicar a tese n.º 111, de autoria do Dr. Calixto Oliveira Souza Promotor de Justiça da Comarca de Divinópolis (MG) que, nas palavras do próprio autor, destaca a importância de: “[...]”

3.4.5.4 TEOTÔNIO, Paulo José Freire. e MARTINS, Carlos Renato Sampaio. **O Perdão Judicial e o Arquivamento do Inquérito Judicial.** In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, n.º 25, 2004, pp. 34/40.

Neste bem elaborado artigo, Paulo José e Carlos Renato tecem interessantes considerações acerca do instituto do perdão judicial e de seus reflexos nas diversas fases do processo, inclusive as suas implicações em relação ao Inquérito Policial eventualmente instaurado.

Os autores desenvolvem o raciocínio com apoio em abalizado entendimento doutrinário sobre a matéria e, com fulcro em uma base principiológica voltada para a função

dentre outras mudanças significativas, consta, do código do processo criminal do Império, um rol maior dos legitimados a propor a ação penal pública. O que se lê na segunda parte [p.108]: “O exercício da ação penal pública foi pelo Código entregue ao promotor público, ao juiz *ex officio* e a qualquer do povo”. Uma prerrogativa do Ministério Público que não foi conquistada da noite para o dia, a conferir na obra de PIERANGELLI.

que em suma é o de proporcionar a realização da justiça. Para atingir seu objetivo, o processo penal deve estar alinhado com a ordem constitucional atual.

O processo penal não pode ser contemplado apenas como um mecanismo de persecução nem mesmo por ser o único instrumento capaz de fazer valer as regras de direito material sobre um caso penal -, mas, primordialmente, como uma garantia do acusado, porquanto a lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, sendo permitido assegurar que as regras de processo são um prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos fundamentais e suas garantias, o qual resulta da composição entre a segurança e a justiça. (p. 45)

A obra traz um aspecto inovador ao tratar das condições da ação sob a perspectiva da teoria geral do direito, de forma crítica, profunda e atual.

Ao oferecer alegações finais deverá o Promotor de Justiça analisar cada uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, além das agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena para, mencionando-as, **dar ao juiz subsídios para julgar de acordo com a pretensão ministerial**” (grifamos). Além disso, o colega fornece exemplos bastante elucidativos que permitem uma compreensão ainda melhor do tema.

Logo, vale a pena conferir essa relevante orientação para toda a classe.

ético-social do Direito Penal, aduzem:

O arquivamento do IP, com base no perdão judicial, é medida que representa economia processual, que possibilita diminuir o número de processos e, por consequência, aumentar a celeridade da justiça.

Cabe ressaltar, ainda, que o perdão judicial, concedido nos termos aqui propostos, não fere o nosso ordenamento jurídico, não havendo, assim, nenhum óbice para a sua aplicação (p. 40).

3.4.6 Jurisprudências da área

3.4.6.1 STJ, 5ª Turma. *Competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar crimes com pena privativa de liberdade de até dois anos, inclusive quando sujeitos a Rito Especial*

EMENTA: CRIMINAL. RESP. Uso de entorpecentes. Infração de menor potencial ofensivo. Lei dos Juizados Especiais Federais. Alteração do limite de pena máxima. Competência dos Juizados Especiais criminais ainda que o delito possua rito especial. Modificação da interpretação dada ao art. 61 da Lei nº 9.099/95. Transação penal. Possibilidade. Proposta. Concessão pelo órgão julgador. Impossibilidade. Prerrogativa do Ministério Público. Remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça. Recurso parcialmente provido. I. A Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, é aplicável na Justiça Estadual, pois o art. 2º, parágrafo único, da referida Lei acabou por derogar tacitamente o art. 61 da Lei nº 9.099/95. II. Incidência do princípio constitucional da isonomia, uma vez que não há sentido em se criar dois sistemas de juizados especiais diferentes, uma no âmbito federal e outra no estadual. III. Não tendo a nova lei feito qualquer ressalva acerca dos delitos submetidos a procedimentos especiais, todas as infrações cujas penas máximas não excedam a dois anos, inclusive as de rito

especial, passaram a integrar o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, atraindo a competência dos Juizados Especiais. IV. O crime de posse de substância entorpecente para uso, cuja pena máxima prevista é de dois anos, passou a ser considerado delito de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal, sendo-lhe aplicável o benefício da transação penal. V. É defeso ao juiz oferecer a proposta de transação penal, de ofício ou a requerimento da parte, uma vez que esse ato é privativo do representante do Parquet, titular da ação penal pública. VI. Havendo recusa injustificada do órgão de acusação acerca do oferecimento da proposta de transação penal, ou divergência entre este e o Magistrado sobre o seu cabimento, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, em aplicação analógica ao disposto no art. 28 do CPP. VII. Recurso conhecido e parcialmente provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial n.º 628294/SP. Rel. Min. Gilson Dipp. Acórdão de 19 ago. 2004. DJU 18 out. 2004, p. 328. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+628294&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=2>>. Acesso em 21 set. 2005).

3.4.6.2 STJ, 5ª Turma. *Possibilidade de exigência de laudo da Comissão Técnica de Classificação – CTC e do Centro de Observação Criminológica – COC para a progressão do regime prisional*

EMENTA: CRIMINAL. HC. Progressão de regime prisional. Art. 112 da LEP na redação conferida pela Lei 10.792/03. Exigência de laudo da comissão técnica de classificação e do centro de observação criminológica. Possibilidade. Existência nos autos de parecer da CTC. Ordem concedida. I - Hipótese em que o Juízo da Vara de Execuções Penais de Porto Alegre/RS, acolhendo parecer ministerial, determinou a submissão do réu à Comissão Técnica de Classificação da casa prisional (CTC) e ao Centro de Observação Criminológica (COC), para fins de progressão de regime carcerário, considerando a excepcional situação dos autos, em face da quantidade da pena imposta (42 anos) pela prática de delitos graves (homicídios qualificados). II - A nova redação do art. 112 da LEP conferida pela Lei 10.792/03 deixou de exigir a realização dos exames periciais, anteriormente imprescindíveis, não importando, no entanto, em qualquer vedação à sua utilização sempre que o juiz julgar necessária. III - Não há qualquer ilegalidade nas decisões que requisitaram a

produção dos laudos técnicos para a comprovação dos requisitos subjetivos necessários à concessão da progressão de regime prisional ao apenado. IV - Diante da realização do exame pela Comissão Técnica de Classificação, cujo parecer foi conclusivo no sentido de que o apenado apresenta condições de receber o benefício pretendido, e tendo em vista a demora na apreciação do pleito da defesa, para o qual se exigiu a submissão do apenado também ao laudo do Centro de Observação Criminológica (COC), dever ser dispensada essa última exigência, sob pena de se adiar ainda mais a prestação jurisdicional. V - Concessão da ordem para possibilitar o imediato julgamento do pedido de progressão de regime interposto perante o Juízo da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre/RS. VI - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n.º 37440/RS. Rel. Min. Wilson Dipp. Acórdão de 05 dez. 2004. DJU 09 fev. 2005, p. 210. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=hc+37440&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=3>. Acesso em 21 set. 2005).

3.4.6.3 STJ, 5ª Turma. *Impossibilidade de oferecimento de suspensão condicional do processo em relação às infrações penais cuja pena mínima, acrescida do quantum relativo à agravante, ultrapassar o limite legal*

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Suspensão condicional do processo. Art. 89, da Lei 9.099/95. Delito de lesão corporal grave, cominada com a incidência da agravante "motivo fútil". Pena mínima que supera 1 ano. Impossibilidade da proposta. Súmula 243. A circunstância agravante "motivo fútil" (art. 61, inciso II, alínea "a"), qualquer que seja o quantum acrescido à pena de lesão corporal grave (art. 129, § 1º, inciso I), implicará pena superior a um ano, impossibilitando, assim, a proposta de suspensão condicional do processo. Mesmo raciocínio presente na Súmula

nº 243/STJ: "O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano". Recurso desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus.º 12045. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Acórdão de 06 dez. 2001. DJU 04 mar. 2002, p. 274. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=12045&&b=JUR2&p=true&t=&l=20&i=18>>. Acesso em 21 set. 2005).

3.4.6.4 TJMG, 2ª Câmara Criminal. Possibilidade de reconhecimento de reincidência específica pelo juízo da execução

EMENTA: TRÁFICO DE DROGAS - REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA - NÃO RECONHECIMENTO PELA SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECONHECIMENTO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO - O Juízo da Execução pode reconhecer a ocorrência da reincidência específica não reconhecida na sentença penal condenatória para

o fim de negar ao condenado o livramento condicional. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2ª Câmara Criminal. Agravo n.º 1.000.03.402725-0/001. Rel. Des. José Antônio Baía Borges. Acórdão de 14 jun. 2004. DJ 03 ago. 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0&ano=3&numeroProcesso=4027250&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=1.0000.03.402725-0%2F001>. Acesso em 21 set. 2005).

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS MINISTÉRIOS PÚBLICOS

4.1.1 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

4.1.1.1 Aspectos práticos do combate ao nepotismo na Administração Pública Municipal através da expedição de recomendação pelo Ministério Público

Na seção **Público**, deste boletim, o leitor encontrará um excelente artigo de autoria do Promotor de Justiça Márcio Soares Berclaz, do Ministério Público do Estado do Paraná.

Segundo palavras do próprio colega, o artigo “tem por escopo destacar a importância do engajamento e comprometimento do Ministério Público no combate à prática odiosa e nefasta do nepotismo no âmbito dos poderes constituídos, notadamente Poder Executivo e Poder Legislativo”.

Assim, como forma de dar aplicabilidade às concepções teóricas ali formuladas, divulgamos a experiência desse atuante Promotor de Justiça que gentilmente nos encaminhou cópia da Recomendação Administrativa n.º 04/2005 expedida aos Poderes Executivo e Legislativo de determinado Município do Estado do Paraná, a qual foi assinada por ele e também pelos dedicados colegas, Dr. Denis Pestana e Dr. Luis Marcelo Mafrá Bernardes da Silva.

Já havíamos destacado, em sede do *MPMG Jurídico* n.º 1, acerca da importância desse poderoso instrumento à disposição do Ministério Público: naquela oportunidade, ressaltamos a importância da recomendação para o autocontrole da constitucionalidade.

Já no presente caso, a recomendação teve como objeto o combate ao nepotismo no âmbito da nomeação e contratação de servidores públicos ocupantes de cargos em comissão na Administração Pública - Poder Executivo e Poder Legislativo municipais.

A citada peça está muito bem fundamentada e possui

um excelente intróito no qual os colegas Promotores traçam uma coesa abordagem principiológica e normativa que disciplina a matéria.

Ao final, eles traçam várias diretrizes que deverão ser seguidas pelas autoridades competentes no município em questão, tais como a abstenção de se “permitir o provimento por via de nomeação ou contratação de cargos públicos municipais em comissão disponíveis em toda a estrutura dos Poderes Executivo e Legislativo Municipal por pessoas que ostentem a condição de cônjuge, companheiro e parentesco (consangüinidade, afinidade ou civil), até terceiro grau, com o Prefeito Municipal, Vice-Prefeito Municipal, Secretários Municipais, Presidente da Câmara de Vereadores, ocupantes da Mesa Diretiva da Casa Legislativa Municipal e respectivos Vereadores” ou ainda que “as autoridades que chefiam o Poder Executivo e Legislativo Municipal, destinatárias da presente recomendação, providenciem a imediata exoneração, sem prejuízo da posterior e superveniente nomeação de outra pessoa desvinculada de qualquer laço de parentesco e portadora de aptidão funcional comprovada para os cargos comissionados providência a ser acolhida e adotada dentro de um período máximo de 60 (sessenta) dias, tudo para que não haja prejuízo da continuidade e regularidade do serviço público”.

Fica, portanto, registrada a experiência ministerial desses atuantes Promotores de Justiça paranaenses nessa tão importante missão constitucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático de direito, além de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos (artigos 127 e 129 da Constituição Federal).

4.1.2 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO SÃO PAULO

4.1.2.1 Súmulas do Conselho Superior sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública em matéria tributária e para exigir o fornecimento de medicamento a um só paciente¹

Súmula nº 44 Na defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em matéria tributária.

Justificativa Este Conselho Superior tem, reiteradamente, entendido que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em matéria tributária (Pt. n 19.362/03, 81.211/04, 85.785/04, 6.414/05, 49.441/05 53.015/05 e 53.024/05) Isto porque cabe à Instituição a defesa de interesses individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, que tenham expressão para a coletividade. A Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que introduziu na Lei 7.347/85 o parágrafo único do artigo 1º é evidentemente inconstitucional, já que editada sem que estivessem presentes os requisitos da relevância e urgência (art. 62, da Carta Magna). Poucos têm acesso a informação suficiente para concluir estar sendo vítima de tributação inconstitucional e destes, dificilmente o contribuinte se disporá a, individualmente, questionar a exigência perante o Poder Judiciário, em razão do custo da demanda e de outros inconvenientes dela característicos. A propositura de ação civil pública pelo Ministério Público garante o acesso à Justiça de todos os cidadãos além de garantir o princípio da igualdade na tributação, evitando que apenas alguns, que tiveram acesso, individualmente, ao Poder Judiciário se vejam liberados do pagamento indevido. Além disto, mesmo considerando que reduzida parcela da sociedade ajuíze ação individual, a soma de tais feitos pode chegar a milhares. O ajuizamento da ação coletiva contribui para diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário, que se vê às voltas com inúmeros feitos que tem por

objeto a mesma questão jurídica e constitui instrumento para a efetividade das ações do Poder Judiciário e, como consequência, para o cumprimento de norma constitucional introduzida pela Emenda Constitucional 45/ 2004, que incluiu dentre os direitos individuais, de forma expressa, o direito à celeridade (art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna).

Súmula n. 45 O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando que o Poder Público forneça tratamento médico ou medicamentos, ainda que só para uma pessoa.

Justificativa Este Conselho Superior tem, reiteradamente, entendido que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando que o Poder Público forneça, ainda que para paciente determinado, tratamento médico ou medicamentos. (Pts. ns. 110.806/04, 119.932/04 e 57.150/05). O direito à saúde, consequência do direito à vida, constitui direito fundamental e os serviços de saúde são, em face de sua essencialidade, considerados como de relevância pública, nos termos do art. 197, da Constituição Federal, garantindo a Lei Maior o acesso universal e igualitário (art. 196 do Texto Federal e art. 219, parágrafo único da Carta Bandeirante). A legitimidade do Ministério Público é manifesta, conforme se depreende do disposto no art. 127 c/c art. 129, III, da Constituição da República, ainda que não se tenha conhecimento da existência de mais de um paciente necessitando da assistência médica ou farmacológica indicada como a adequada.

Nota:

¹ SÃO PAULO. MINISTÉRIO PÚBLICO. Procuradoria-Geral. Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. **Súmulas**. Disponível em : < <http://www.mp.sp.gov.br/conselho/conselho.htm>>. Acesso em 18 ago. 2005.

4.2 PROMOTOR DE JUSTIÇA: PRIMEIROS DIAS PÓS-APROVAÇÃO NO CONCURSO – REFLEXÕES

4.2.1 Mensagem introdutória aos novos Promotores de Justiça do XLV Concurso do MPMG, durante a palestra sobre Tutela Coletiva proferida pelo palestrante Gregório Assagra de Almeida

Prezados amigos do Ministério Público,

É, para mim, uma grande honra e uma enorme satisfação estar aqui com os senhores novamente.

Os senhores vivem um momento de muita felicidade e de incomum entusiasmo.

O grande sonho tornou-se realidade e neste início tudo

Gregório Assagra de Almeida
Mestre em Direito Processual Civil e Doutorando em Direitos Difusos pela PUC-SP. Promotor de Justiça Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

parece ser muito perfeito.

Mas não pensem que só existem maravilhas no Ministério Público. Os obstáculos virão e os senhores terão que os enfrentar da mesma forma que enfrentaram muitos obstáculos para ingressarem no Ministério Público e, por isso, foram vencedores.

Lembrem-se das poucas horas de sono, das viagens

incansáveis, do trajeto para a faculdade, para o cursinho. Lembrem-se das aulas cansativas, muitas extremamente teóricas. Lembrem-se da privação do calor da família.

Vocês também irão encontrar grandes barreiras dentro da Instituição!

Não pensem que o Ministério Público é um paraíso!

Não é! Ele é composto por seres humanos com defeitos inerentes à sua natureza e ao seu grau de evolução.

Não se vangloriem, nem se entusiasmem com a bela “carteira vermelha” que receberam!

Pensem sempre que terão que a preservar para não a desgastar com o exercício arbitrário da função ou com a omissão geradora de dor social e de desprestígio para o Ministério Público.

É a sociedade a verdadeira titular dessa carteira e do cargo que ela representa.

O cargo e a função dos senhores pertencem à sociedade e em seu nome terá que ser exercido!

Não se entusiasmem com esse elevador privativo! Ele ainda é sinal do nosso atraso e de nossa discriminação!

Não se entusiasmem com o distintivo salário de Promotor de Justiça e com o conforto que ele poderá trazer!

Pensem sempre que os senhores somente o recebem porque bóias-frias e outros trabalhadores rurais acordam de madrugada, comem comida fria e passam por inúmeras privações para produzir os alimentos que suprem nossas necessidades básicas e para manter o Estado e sua estrutura organizativa.

Pensem sempre que os operários das fábricas trabalham o dia todo, dormem pouco, pegam ônibus e tudo fazem para que o Estado mantenha sua estrutura organizativa.

Pensem sempre que os caminhoneiros que transportam a produção do País têm que dormir pouco, enfrentar péssimas estradas e riscos de acidentes, de assalto ou de latrocínio, para manter o Estado e sua estrutura organizativa. Pensem sempre que enquanto os senhores e sua família estão tendo uma vida confortável, com viagens, bons restaurantes, comemorações etc., crianças estão morrendo de fome nas ruas, crianças e adolescentes estão sendo aliciados para o tráfico e para a criminalidade, que idosos estão sendo abandonados pelas suas famílias e pelo próprio Estado.

Não se vangloriem em colocar um pobre jovem na cadeia, pois, em muitos e inúmeros casos, ele praticou o crime porque não teve qualquer tipo de oportunidade e de apoio que reconhecessem sua dignidade como pessoa humana e que o instruissem para uma vida de esperança e de sonhos.

Não pensem que o Ministério Público é somente composto por Procuradores e Promotores de Justiça! Os Servidores da Instituição são fundamentais e estão na sua base. Sem eles a Instituição não cumpre o seu papel social.

Não pensem que esta nova etapa que se inicia é somente composta de confortos, conquistas materiais, festas, encontros etc. Essas realizações são, muitas vezes, compostas de prazeres efêmeros e imediatistas e, por isso, não satisfazem e não irão satisfazer a entrância do seu ser, nem orientam e nem irão orientar as diretrizes da sua existência.

Não deixem de olhar nos olhos das pessoas desesperadas ou de outras “malcheirosas” que venham a entrar em seus gabinetes. Pensem sempre que elas são seres humanos iguais a ti e que estão muitas vezes na situação que estão porque não são respeitadas na sua dignidade de pessoa humana. Pensem que talvez para elas o Ministério Público seja o único e

último refúgio de respeito à sua dignidade como ser humano.

Pensem que o seu destino final será igual ao delas ou até mesmo pior se você acreditar na sintonia fina que rege a vida e nas leis da natureza que regem a nossa consciência.

Não fechem as portas dos seus gabinetes para essas pessoas humildes, desesperadas ou “malcheirosas”. Pensem sempre que elas estão nessa situação, em grande parte, em razão das desigualdades sociais e das injustiças que na sociedade existem.

Não esqueçam que são justamente essas questões – desigualdades sociais e injustiças que na sociedade existem – que constituem o objeto da luta do Ministério Público como instituição democrática.

Não pensem que a forma mais legítima de realização do Direito advém do *poder de decidir e de fazer imperar a decisão*. As formas mais legítimas e democráticas de realização do Direito são aquelas que decorrem do diálogo, do debate dialético, da interpretação negociada e fundamentada da norma jurídica. São aquelas que advêm da solução amigável do litígio, o que reforça e ajuda a construir a soberania em cada ser e a legitimidade na atuação das instituições democráticas.

Não esqueçam que o Ministério Público, como instituição democrática de defesa social, conta com inúmeros instrumentos legítimos para a solução amigável dos litígios sociais, tais como a audiência pública, a recomendação, a transação penal e o termo de ajustamento de conduta. O Vosso saber e a Vossa sensibilidade como Promotor de Justiça é que irão conduzir o caminho da Instituição por intermédio da priorização dessas legítimas e democráticas formas de realização do Direito.

Não pensem que o Direito é somente a norma posta ou positivada. O Direito alimenta-se de fatos e de valores. O Direito como mera norma posta não tem Pátria, não tem cultura, não tem vida, não tem justiça, não tem amor. O Direito como mera norma positivada poderá ser estudado até onde não haja qualquer espécie de convivência humana.

Não pensem que o Direito é mera técnica. Ele é ciência. E como ciência o Direito abrange aquilo que é e aquilo que deve ser. É essa a visão pluridimensional e holística que coloca o Direito como ciência da vida e das relações que regem o comportamento humano. É justamente essa a concepção do Direito como ciência da transformação, com justiça, da realidade social.

Não esqueçam que o Poder Judiciário está atulhado de demandas fragmentárias, o que impõe a priorização das demandas coletivas, mesmo assim como vias a serem utilizadas somente quando não for possível a solução amigável do litígio coletivo ou quando esgotados todos os meios legítimos para alcançar esse fim.

Não esqueçam que o Ministério Público, na sua condição de Instituição resolutiva, é um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social. Nesse plano é de se pôr em destaque a sua função pedagógica como um dos seus mais nobres compromissos para com a mudança da realidade social. A educação dos cidadãos em relação aos seus direitos fundamentais e a orientação das instituições sociais em relação aos mesmos fins é hoje ponto fundamental em relação ao qual o Ministério Público também tem que se debruçar.

Não desconsiderem as peculiaridades de cada caso concreto. A generalização sem qualquer parâmetro ou limite sempre foi, sempre é e sempre será fio condutor e causa geradora de danos e injustiças, muitas vezes irreparáveis.

Apresentem sempre fundamentação razoável em relação às suas manifestações e intervenções como Promotor de Justiça. Mesmo que não tenham tempo para apontar na doutrina ou na jurisprudência os fundamentos das suas conclusões, procurem indicar sempre a base legal e, se possível, principiológica, que ensejou a sustentação das suas convicções.

Priorizem a atuação preventiva e, por intermédio dela, ataquem o ilícito para evitar sua prática, continuidade ou repetição, especialmente quando estejam em situação de risco questões relativas à vida ou à sua existência com dignidade. Com isso, os senhores estarão evitando o dano como consequência do ilícito e, ao mesmo tempo, contribuindo efetivamente para diminuição da sobrecarga da atuação repressiva do Ministério Público, que nem sempre poderá ser considerada como forma adequada e suficiente para reparar o dano *in natura*.

Nunca esqueçam que o núcleo do Direito que alimenta a atuação das instituições democráticas é justamente a Vida e a sua existência com dignidade.

Trabalhem! Trabalhem! Trabalhem!

Estudem! Estudem! Estudem!

O trabalho será o descanso da sua consciência!

O estudo será a luz do seu caminho na defesa da sociedade e dos valores máximos que regem a própria existência humana!

Não se esqueçam nunca do binômio trabalho-estudo! Ele é que manterá os seus sonhos! Ele é que o tornará forte para enfrentar os desafios na dura caminhada! Ele é que manterá a união entre vocês e outros amigos e colegas com os mesmos ideais dentro do Ministério Público!

O trabalho e o estudo é que poderão sempre unir o Ministério Público e torná-lo realmente uma Instituição forte, regida pela esperança, pela ética e pelo compromisso de mudança da realidade social!

O trabalho e o estudo é que construirão a sua história dentro da Instituição e farão com que os senhores também construam a história de luta do Ministério Público, como assim o fizeram muitos Promotores e Procuradores de Justiça que, ao passarem pela Instituição, exerceram sua função com muito brio e destemor.

É essa história de muito trabalho e estudo que os senhores irão contar com orgulho e muita saudade para os seus filhos, netos, familiares e amigos.

A principal forma de educação e de mudança do interior das pessoas advém dos bons exemplos deixados por aqueles que constroem com dignidade a sua história de vida.

Pensem, pensem, pensem e sonhem que, se no decorrer da história da evolução da espécie humana a sociedade globalizada vier a sentir efetivamente vergonha de ter convivido, no seu passado, com pessoas passando fome e morrendo desabrigadas ou desnutridas (como hoje temos vergonha do nosso passado em relação à escravidão negra e os alemães têm em relação ao nazismo), você tenha contribuído, pelo menos um mínimo, para essa mudança.

É diante dessas poucas palavras que digo: sejam bem vindos! A Instituição acolhe-os com muito carinho.

E a sociedade, que os senhores representam, aguarda esperançosa pelos seus trabalhos!

Parabéns por essa grande vitória! Que DEUS abençoe a todos nessa nova etapa de vida!

O tema do encontro de hoje tem tudo a ver com esse compromisso do Ministério Público com a mudança da realidade social.

Irei falar sobre TUTELA COLETIVA, que é a proteção, o amparo aos direitos coletivos. É a Tutela Coletiva a forma de proteção potencializada, que tem o condão de transformar a realidade social.

Os senhores ingressaram em um ótimo momento no Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Entraram em um momento de mudança de rumo e de paradigma.

Entraram em um momento em que se discute a mudança da atuação do Ministério Público de órgão de atuação predominantemente repressiva para órgão de atuação predominantemente preventiva.

A tutela preventiva é a genuína tutela dentro do Estado Democrático de Direito. É a tutela que decorre do princípio constitucional da prevenção geral como exigência do princípio coletivo. É a tutela que ataca especialmente o ilícito, e assim o faz em várias dimensões. É a tutela que tem o condão de evitar a consequência do ilícito, que é o dano.

A tutela preventiva, portanto, é a que tem força para impedir a ocorrência do dano, a sua continuidade ou repetição, o que ocorre quando é atacado o ilícito nessas três dimensões.

Ora, se o Ministério Público é defensor do regime democrático (art. 127, caput, da CF), o seu principal compromisso com o Estado Democrático de Direito é com a tutela preventiva, até porque a tutela repressiva muitas vezes não repara o dano “*in natura*” e, por isso, teria caráter de mera compensação. Portanto, podemos afirmar que a tutela repressiva é, em relação ao dano gerado e ao direito constitucional a uma tutela jurídica adequada, apequenada.

Essa mudança de paradigma é hoje fundamental para o Ministério Público, principalmente no plano da Tutela Coletiva.

Como operacionalizar essa mudança de paradigma no plano da Tutela Coletiva é o que iremos falar neste nosso encontro.

Primeiro iremos analisar essa operacionalização no plano da mudança de paradigma da própria atuação do Ministério Público em geral. Depois analisaremos essa mudança de paradigma no plano da atuação do Ministério Público como Instituição resolutiva, que hoje deve ser priorizada. Em seguida estudaremos essa mudança de paradigma no plano da atuação do Ministério Público como Instituição demandista.

E, por fim, estarei à disposição dos senhores para as perguntas e os debates entendidos necessários.

4.3 JUDICIÁRIO EM DEBATE

4.3.1 A Reforma do Judiciário e a celeridade processual

Wendelaine Cristina Correia de Andrade
Analista Processual do Ministério Público Federal

1. *Direito ou garantia individual?* Destaca-se na doutrina pátria a distinção que Ruy Barbosa fez entre as disposições meramente declaratórias, que imprimem existência legal a direitos reconhecidos e as disposições assecuratórias, que, em defesa dos direitos, limitam o poder¹. As primeiras instituiriam os direitos e estas, as garantias.

No escólio do professor português Jorge Miranda:

[...] clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nela se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; *na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se* (grifo nosso)².

Observa-se, pois, que não raro se dedique aos direitos e respectivas garantias um só dispositivo de lei, é inarredável a conclusão de que os conceitos não são coincidentes. Imprime-se à garantia um carácter eminentemente instrumental e protetivo em relação aos direitos.

Importam no presente estudo as *garantias dos direitos fundamentais*, que José Afonso da Silva divide em dois grupos: garantias gerais, “[...] destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos” e garantias constitucionais “[...] que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais”. As últimas são ainda desdobradas pelo autor em *garantias constitucionais gerais* e *garantias constitucionais especiais*. Aquelas consistem em instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes. “São garantias gerais precisamente porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão”. Já as garantias constitucionais especiais são normas que conferem aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos para impor o respeito e a exigibilidade dos direitos fundamentais. Estão a serviço de tais direitos³.

Lado outro, José Afonso da Silva observa que “não são nítidas as linhas divisórias entre direitos e garantias [...]. Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias *assecuratórias*, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória”⁴.

Nessa linha de raciocínio, embora ratifiquemos o discurso da diferença entre os dois institutos, contrariando Canotilho, que afirma que as clássicas garantias são também direitos⁵, há que se reconhecer que fica ao alvedrio da doutrina investigar no texto constitucional a previsão de um ou outro.

No caso em alteração, o texto do art. 5º, LXXVIII da

Constituição da República, incluído pela EC nº 45/2004 dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O texto constitucional, no nosso entendimento, atribui ao jurisdicionado o direito à razoável duração do processo e garante àquele meios que conduzam à celeridade do pleito judicial ou administrativo. *Declara* um direito a um processo temporalmente adequado - expressão utilizada por Canotilho⁶ - e *estabelece* que, seja através da Constituição imediatamente, seja de forma mediata por meio da implementação de institutos processuais infraconstitucionais, o legislador deve mobilizar-se de sorte a possibilitar o cumprimento daquele direito.

2. *Natureza jurídica e aplicabilidade do art. 5º LXXVIII.* Alexandre de Moraes explica que a eficácia e a aplicabilidade da norma constitucional depende muito de seu próprio enunciado, mas que, em regra, as normas que consubstanciam os direitos individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata, o que se coaduna com o enunciado do art. 5º, §1º da CRFB. Todavia, assevera que essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para tornar a norma eficiente⁷.

Destarte, temos que o artigo em testilha tem aplicabilidade imediata, porque afirma um direito a exigência de um processo sem dilações indevidas e abriga uma garantia do tipo constitucional especial, tomando a classificação supramencionada de José Afonso da Silva, porque já confiam aos titulares dos direitos fundamentais, instrumentos para impor o acatamento e a exigibilidade do direito que assessora. Jazem espalhados na própria Constituição em vários artigos da EC nº45 e, mesmo no texto originário, variados meios a garantir a eficácia do direito à celeridade processual, de onde se reafirma a desnecessidade de uma norma ulterior para garantir-lhe aplicabilidade direta.

3. *A Reforma e proteção jurídica temporalmente adequada.* Corroborar-se o entendimento de Alexandre de Moraes e do Ministro Celso de Mello no sentido de que já estavam previstas na Constituição, quando já se falava em devido processo legal e princípio da eficiência, aplicável à Administração Pública. Ademais, o Pacto San Jose da Costa Rica, art. 8º, 1, adotado pelo Direito Brasileiro, já falava em processo sem dilações indevidas.

O que fez a emenda conhecida como Reforma do Judiciário foi tão só seguir a orientação atual de uma tutela jurisdicional adequada, que tem a celeridade como um de seus pressupostos, trazendo vários mecanismos de desburocratização, a saber: vedação das férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau (embora devesse atingir o Judiciário como um todo); progressiva proporcionalidade do número de juízes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, distribuição imediata dos processos (vedação ao popular “represamento”); reafirmação da possibilidade de delegar aos servidores diversos atos sem carácter decisório;

Supremo Tribunal Federal e a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, numa reminiscência à antiga argüição de relevância, como o que, aliás, discordamos, por ser um retrocesso ao movimento mundial do acesso à Justiça.

Por fim, relevante é a observação de Canotilho, quando adverte que:

[...] a exigência de um processo sem dilatações indevidas, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente

justiça acelerada. A aceleração da protecção jurídica traduz-se em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) *pode constituir a uma justiça pronta mas materialmente injusta* (grifo nosso)⁸.

Andou bem o legislador ao inserir tal direito e sua respectiva garantia no art. 5º constitucional. Basta agora que os membros do Poder Judiciário busquem, diuturnamente e de maneira efetiva, uma tutela jurisdicional eficaz, célere e adequada, de modo a não configurar mera norma programática (pois não o é).

Notas e referências bibliográficas:

¹ BARBOSA, Ruy *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 28.

² MIRANDA, Jorge *apud* MORAES, Alexandre de. *Ibidem*. p. 29.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 188.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 186.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 28.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina. p. 494.

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 27.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina. p. 495.

4.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.4.1 A remessa de documento sigiloso à Promotoria de Justiça

Mário Antônio Conceição

Promotor de Justiça - Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, dos Idosos e Deficientes de Contagem - Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos e pós-graduado pela Universidade de Paris II



Mário Antônio Conceição

O manuseio e consulta de declaração de imposto de renda obtidos judicialmente foram objeto de regulamentação através da Instrução da Corregedoria-Geral de Justiça nº 253/96. Segundo a instrução:

A d e c l a r a ç ã o requisitada pelo Juiz à Receita Federal, dentro dos autos, deverá ser arquivada pelo Escrivão, por ordem alfabética, de modo a permitir ao Advogado da parte interessada a sua leitura e anotações pertinentes e necessárias à regular tramitação do feito, sendo vedada a extração de cópia pela parte.

Freqüentemente, tem-se alegado, por força do princípio da igualdade processual, que ao Ministério Público (e Fazenda Pública) aplicam-se as mesmas regras previstas às partes. Felizmente, essa tese não vem sendo acolhida (EDcl no Resp 531308/PR, 2003/0070943-0, 2º T, Min. Eliana Clamon). Recente decisão judicial de primeiro grau da comarca de Contagem-MG, indeferiu requerimento ministerial de remessa de autos contendo declarações de imposto de renda de réus à promotoria para fins de análise sob o fundamento da existência da vedação contida na Instrução nº 253/96 da CGJ que se aplicava, segundo o julgador, ao MP em razão de sua qualidade de parte (autor). A decisão assegurou ao requerente, que também havia sido o autor do pedido de quebra de sigilo fiscal, tão-somente a sua consulta no balcão da secretaria judicial. O assunto revela-se importante na medida em que houve limitação indevida ao exercício de prerrogativa funcional prevista na Lei Orgânica Nacional do MP que garante ao órgão ministerial acesso às informações fiscais de que necessitar, com responsabilidade pelo uso indevido que delas fizer (art. 26, § 2º, Lei 8.625/93). Não bastasse isso, a restrição judicial imposta

acabava também dificultando e retardando o andamento de investigações fundadas em documentos dessa natureza. É sabido que a análise de dados sigilosos visando à produção de conhecimento em regra, é minuciosa e complexa, motivo pelo qual exige-se tempo e local adequados para a sua realização.

O legislador preocupado em conciliar o direito à intimidade do cidadão e o interesse público, assegurou ao MP na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, acesso a informações sigilosas obtidas judicialmente, atribuindo-lhe, para tanto, responsabilidade pelo uso indevido que delas fizer. A querela acima mencionada foi recentemente decidida pelo Tribunal de Justiça que entendeu não ser aplicável ao Ministério Público a instrução nº 253/96 da CGJ, cuja ementa dispôs:

EMENTA: EXECUÇÃO - INFORMAÇÕES FISCAIS - IMPOSTO DE RENDA - SIGILO - MINISTÉRIO PÚBLICO - INSTRUÇÃO CGJ 253/96 - INAPLICABILIDADE. A regra conservadora do sigilo fiscal contida na Instrução CGJ 253/96 não se aplica ao Ministério Público que, por disposição de sua lei orgânica, tem acesso a informações fiscais de que necessitar, com responsabilidade pelo uso indevido que delas fizer. Agravo provido. AGRAVO Nº 1.0079.03.110549-1/001 - COMARCA DE CONTAGEM - AGRAVANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - AGRAVADO(A)(S): LÚCIA HELENA HILÁRIO - RELATOR: EXMO. SR. DES. LAMBERTO SANT'ANNA.

O resultado do julgamento ainda que não cause surpresa mostra-nos que a atuação jurídica do Parquet é objeto de questionamento permanente, motivo pelo qual diariamente temos o desafio de zelar com madureza e firmeza pelo respeito às prerrogativas funcionais que nos foram outorgadas pelo legislador para o exercício de uma atuação eficaz e célere em defesa da Sociedade.

4.5 LÍNGUA E LINGUAGEM

4.5.1 “Não procure o posto de saúde, procure o Ministério Público”

Cláudio Márcio Bernardes

Oficial do Ministério Público.

Bacharel em Letras. Pós-graduado em Lingüística.

Bacharel em Direito. Pós-graduando em Direito Público



Cláudio Márcio Bernardes

Do ponto de vista lingüístico, não existe língua “feia” ou “bonita”, como costuma conjecturar o senso comum. Da mesma forma, não corresponde à verdade o fato de colocar-se a língua Portuguesa no rol dos códigos indecifráveis.

Não podemos perder de vista a nossa composição étnica e, no seu bojo, a imensa variedade cultural que nos foi legada. Talvez por essa razão, imprimiu-se na

nossa língua uma flexibilidade sem precedentes. É o que se pode notar na distância semântica entre: meu **grande amigo** e meu **amigo grande**; entre: **algum indivíduo** e **indivíduo algum**; entre: um **servidor simples** e um **simples servidor**. Isso não ocorre com a língua inglesa, por exemplo, em que se destaca a expressão: “old Brazilian”, sem nenhuma outra variação possível, formal ou de significado. Convenhamos, aqui entre nós, que, em determinados contextos, uma coisa é dizer **velho brasileiro** e outra, bem diferente, **brasileiro velho**. “Ai, palavras, ai, palavras, / Que estranha potência a vossa!”. No *Romanceiro da Inconfidência*, Cecília Meireles, em belos versos, reconhece a magnitude da expressão humana.

Pois bem, a Constituição da República, logo de início, em seu artigo 1º, oferece-nos uma interessante demonstração da multiplicidade de arranjos lingüísticos decorrentes da “riqueza” do nosso vernáculo e que, por conseqüência, resulta na variedade de significados. É o que se depreende do referido dispositivo, em seu parágrafo único: “Todo o poder emana do povo...”. Não se trata de um poder fracionário, o que seria entendido, com a ausência do artigo, na expressão: todo poder (um poder qualquer). Em relevo, o parágrafo proclama o povo como o detentor máximo do poder, na sua integridade, proclamada por um simples artigo definido. De tal maneira também deve ser objetiva a sua interpretação. É o que se vislumbra adiante.

O que dizer do sentido dado pela Constituição ao

artigo 1º, quando um político bate no peito e orgulha-se de que no “seu mandato” irá fazer e acontecer? Mas, não, senhor candidato, o mandato não é do senhor. É do mais legítimo representante do Estado Democrático de Direito: o povo. Dentro desse significante, incluem-se os desdentados, os famintos, os analfabetos, os sem-teto, os sem-terra, os que já não suportam mais ouvir falar em mensalões, mensalinhos e renúncias estratégicas. Que fio de esperança resta-lhes, então, quando o político-do-“meu”-mandato só raciocina por fisiologismos? É aí que deve atuar o guardião da ordem jurídica e do Estado Democrático: o Ministério Público.

Mais uma vez, recorrendo à força das palavras, ao Órgão Ministerial costuma ser atribuída a denominação: *parquet*, concepção que parece remontar a um órgão encastelado, inerte, sobre um tablado real. Mas, *contrario sensu*, revela-se atuante, ao dar vazão ao clamor das coletividades. Para executar tal mister, materializa-se em representações, com o fim de evitar danos futuros. Emite Termos de Ajustamento de Conduta. Fiscaliza e, com isso, às vezes, incomoda poderosos, na sua função de *custos legis*. Como se não bastasse, auxilia no controle de constitucionalidade, a exemplo da propositura da ADI, pela CONAMP, resultando na declaração de inconstitucionalidade da casuística Lei 10.628/02, que estendia o foro por prerrogativa de função ao político envolvido em crimes, para depois de seu mandato. Tudo isso, com o fim inequívoco de defender os interesse sociais e metaindividuais.

E, finalmente, no que diz respeito às pessoas que “humanificam” a Instituição: os seus membros, servidores e auxiliares em geral, nunca devem perder de vista a ideologia que se abstrai de uma simples frase, mas de alto teor contudístico, estampada num muro em uma cidade da região metropolitana de Belo Horizonte: “não procure o posto de saúde, procure o Ministério Público”. Como se pode conferir, a linguagem pode expressar muito mais do que uma mera combinação de palavras; pode representar uma “estranha potência”, uma bandeira. E quem está no centro dela? “Todo o povo - principalmente o que nem chega ao *guichê* de atendimento do posto de saúde”.

4.6 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.6.1 Aquecimento global, perigo iminente?

Alessandra de Souza Santos

*Técnica do Ministério Público. Taquígrafa
Bacharela em Biologia e Microbiologia*



Alessandra de Souza Santos

Em seu artigo “Efeito Estufa pode tornar Furacões mais Violentos”, publicado dia 4 de setembro, o Jornal Estado de Minas veiculou que o aquecimento global decorrente da intervenção humana no meio ambiente pode ser responsável pelos fenômenos meteorológicos mais severos que têm ocorrido recentemente, com destaque para os furacões. Principalmente após o imenso desastre que ocorreu com a passagem dos furacões Katrina e

Rita nos Estados Unidos, essa notícia traz de volta o embate científico entre ambientalistas e cientistas que pregam os danos do aquecimento global contra aqueles que julgam que o fenômeno não possui correlação tão forte com essas alterações. A reportagem diz que recentes estudos têm apontado a conexão do aquecimento global com os furacões, em decorrência do aquecimento da superfície da água marinha que favoreceria o surgimento de tufões e furacões e aumentaria sua frequência, intensidade e duração, aumentando, dessa forma, o número dos que apóiam a teoria de que há relação entre os desastres ecológicos e o aquecimento global. Isso traz de volta ao cenário principal as duras críticas às políticas adotadas por diversos governos, principalmente o norte-americano, no que concerne à emissão de gases poluentes na atmosfera.

Os possíveis efeitos dessas mudanças climáticas podem incluir secas prolongadas, severas inundações, furacões, tufões e tornados, e até mesmo o retorno de uma era glacial em determinadas áreas do globo em decorrência da mudança das correntes marinhas. De acordo com Alley (2004), uma nova era glacial poderia ocorrer devido ao derretimento de calotas polares no globo e a conseqüente dessalinização dos oceanos. Diluída pela água que desce das geleiras dos continentes polares, a água do mar ficaria menos densa e a chamada circulação conectiva dos oceanos seria prejudicada, o que resultaria em continentes ao norte com climas semelhantes ao da Sibéria. Outros efeitos desastrosos da interferência humana no planeta serão a extinção de inúmeras espécies da fauna e da flora em ritmo acelerado, com efeitos irreversíveis no bioma e perda de material genético. As mudanças climáticas reduzem o habitat das espécies, facilitam o aparecimento de novas doenças, devido ao enfraquecimento imunológico dos animais, e permitem que novas pragas surjam em locais antes inusitados.

Do ponto de vista sócio-econômico, a degradação do meio ambiente, principalmente, as severas alterações climáticas acenam para um futuro sombrio, com a possível redução de água potável no planeta; fome em várias regiões, devido às intensas secas; diminuição do pool genético de espécies potencialmente interessantes do ponto de vista sócio-econômico. Alley (2004) enfatiza que mudanças severas no clima poderiam levar as nações mais desenvolvidas a erguer barreiras em volta de seus territórios e recursos, deixando as nações mais desfavorecidas à própria sorte, tendo de lutar por água e comida.

Há uma corrente ainda forte que reluta em citar a mudança climática como sendo responsável por esses efeitos dramáticos, ao argumento de que os modelos e simulações preconizados pelos cientistas exageram nos efeitos ambientais ou não conseguem demonstrar conexão satisfatória do aquecimento global com os desastres ambientais. Entretanto, um artigo publicado na revista *Nature* (in: Jornal Estado de Minas, 4 de setembro de 2004) demonstra essa mudança de paradigma no meio científico. Alley (2004) assevera que mudanças climáticas avassaladoras e repentinas já ocorreram antes e podem ocorrer novamente, sendo, provavelmente, inevitáveis. Entretanto, ele aponta o aquecimento global como um provável fator de risco para a detonação de mudanças climáticas severas e menciona não somente a emissão de gases tóxicos na atmosfera, mas também a derrubada de áreas de floresta como fatores de risco.

Certo é que essas discussões resultarão em benefícios, independentemente da corrente vencedora. De acordo com Case (2005), várias companhias americanas têm voluntariamente se integrado a programas que visam à redução de emissões de gases poluentes, tais como o Chicago Climate Exchange. Essa associação, cujos membros incluem a Ford, a IBM, a Motorola, indústrias de energia e de aço, dão incentivos financeiros àqueles que conseguirem reduzir o nível de emissão de gases. Além disso, iniciativas como encontros específicos sobre mudança climática têm unido representantes de vários países para a troca de experiências para se lidar com o impacto ambiental. Parece haver um consenso crescente de que é preciso pensar adiante e reverter o crescente impacto humano no planeta, seja ele a emissão de gases, a derrubada de florestas para pasto, a poluição aquática, etc. Caso não haja mudanças no padrão de comportamento das populações mundiais e não se adotem políticas de planejamento sustentável, seremos vítimas de nossa própria civilização.

Referências bibliográficas:

- ALLEY, R.B. **Mudança Climática Brusca**. In: Revista Scientific American Brasil, edição nº 31, dezembro de 2004;
CASE, B. M. **Climate Change Becomes Serious Business**. In: The Dallas Morning News, 2 de outubro de 2005;
Efeito Estufa pode Tornar Furacões mais Violentos. In: Jornal Estado de Minas, 4 de setembro de 2005.

4.6.2 Acessibilidade na cidade

Ana Carolina Araujo Pereira

Arquiteta e Urbanista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

O direito de todos à igualdade e à segurança, sem distinção de qualquer natureza, é garantido pela Constituição Federal. Entretanto, numa simples caminhada pelas calçadas das cidades brasileiras, verificamos que estas não garantem esses direitos fundamentais a todos indistintamente, principalmente às pessoas que possuem algum tipo de dificuldade de locomoção.

Com o grande crescimento das cidades no último século, principalmente dos grandes centros urbanos, o automóvel ganhou espaço de destaque nas vias públicas, sendo por vezes considerado “o maior urbanista do século XX”. As vias públicas são projetadas para o automóvel e o pedestre fica cada vez mais sem importância. “Nossas calçadas e passeios públicos, destinados à mobilidade básica dos cidadãos, tornam-se cada vez mais estreitas e congestionadas” (PASSAFARO, 2003).

“Caminhar a pé é uma das atividades mais fundamentais do ser humano. Em princípio é uma atividade disponível a partir dos dois anos de vida até a morte” (GOLD, 2003). Além disso, praticamente, todos os deslocamentos envolvem pelo menos um percurso a pé, sendo que, em algum momento, todo mundo é pedestre.

O direito à acessibilidade está garantido na Constituição Federal que 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.

Na defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência deve-se priorizar a questão da acessibilidade, visto que é um pré-requisito para o exercício dos demais direitos.

A eliminação de obstáculos arquitetônicos e a construção dos logradouros e dos edifícios de uso público, bem como da fabricação de veículos de transporte coletivo acessíveis, é matéria de fundamental importância para as pessoas portadoras de deficiência, eis que o acesso adequado é, após a preliminar conscientização, literalmente, o próximo passo para alcançar os demais direitos. (QUARESMA, 2002).

Entretanto, não basta lutarmos para implementar a acessibilidade nas edificações e meios de transporte, se as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, aqui incluídos os idosos, não conseguem chegar até eles. As calçadas são o principal acesso às edificações e aos meios de transporte.

A construção de vias e espaços públicos acessíveis é obrigatória, segundo a Lei Federal 10 098/2000, e o Decreto 5296/2004.

Art. 3º O planejamento e a urbanização das vias públicas, dos parques e dos espaços de uso público deverão ser concebidos e executados de forma a torná-lo acessíveis para as pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (Lei

Federal 10098/2000).

No caso de Belo Horizonte, a legislação municipal de acessibilidade, assim como o Código de Posturas, Lei 8616/2003, e o decreto que o regulamenta, Decreto 11601/2004, também garantem a execução de vias e espaços públicos acessíveis.

Entretanto, o que encontramos na maioria dos casos são calçadas em mau estado de conservação, cheias de buracos, desníveis e obstáculos. Essas não são construídas conforme os critérios determinados pela legislação vigente e pelas normas técnicas de acessibilidade.

“A qualidade da calçada para pedestre pode ser definida e medida, principalmente, em termos de três fatores: fluidez, conforto e segurança” (GOLD, 2003).

Segundo Wright (2001), uma calçada construída segundo os critérios de acessibilidade e de acordo com os princípios de desenho universal atende às necessidades de todos, de crianças e a idosos, inclusive pessoas com deficiência.

“As leis municipais normalmente responsabilizam cada proprietário pela manutenção das boas condições do trecho de calçada em frente a sua edificação.” (GOLD, 2003). O poder público fica responsável somente pela execução dos canteiros centrais.

Art. 12. Cabe ao proprietário de imóvel lindeiro a logradouro público a construção do passeio em frente à testada respectiva, a sua manutenção e a sua conservação em perfeito estado (Código de Posturas do Município de Belo Horizonte).

Esse fato, muitas vezes, resulta em uma grande variedade de tratamentos, com a mudança de pavimentação a cada lote, desníveis na interseção entre calçadas vizinhas e diferentes níveis de manutenção. Além disso, na maioria das vezes, os proprietários de imóveis não têm conhecimento da legislação e dos parâmetros técnicos e o poder público não fiscaliza as calçadas existentes.

“As condições das calçadas brasileiras variam muito, entre cidades e entre diferentes áreas e ruas de cada cidade” (GOLD, 2003). Entretanto o que se verifica, na maioria das vezes, são calçadas e passeios públicos em precário estado de conservação, com buracos e desníveis, além de possuírem piso escorregadio. Os rebaixos de meio-fio e rampas nas travessias de pedestre são insuficiente e também não atendem aos critérios de acessibilidade determinados pela norma técnica.

Para melhorar as condições de segurança e acessibilidade das calçadas faz-se necessário uma mudança de postura. O poder público municipal deve responsabilizar-se pela construção e conservação de todas as calçadas do município, ou adotar uma política eficiente de fiscalização e orientação dos proprietários para uma correta execução.

Referências Bibliográficas:

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS ABNT. NBR 9050: Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos. Rio de Janeiro, 2004. 97p.
- BELO HORIZONTE. Lei 8616, de 14 de julho de 2003. Contém o Código de Posturas do Município de Belo Horizonte.
- BELO HORIZONTE. Decreto 11601, de 9 de janeiro de 2004. Regulamenta a Lei 8616, de 14 de julho de 2003, que contém o Código de Posturas do Município de Belo Horizonte.
- BELO HORIZONTE. Lei 9078, de 19 de janeiro de 2005. Estabelece a política da pessoa com deficiência para o Município de Belo Horizonte e dá outras providências.
- BRASIL. Senado Federal. Secretaria-Geral da Mesa. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.
- BRASIL. Lei nº 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
- COMISSÃO PERMANENTE DE ACESSIBILIDADE CPA. Guia para mobilidade acessível em vias públicas. São Paulo: PMSP, 2003. 83p.
- GOLD, Philip Anthony. Nota técnica: Melhorando as condições de caminhada em calçadas. Perdizes, 2003.
- WRIGHT, Charles L. Limitações ao direito de ir e vir e o princípio do desenho universal. In: WRIGHT, Charles L. (Editor). Facilitando o transporte para todos. Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2001. 92p.

4.6.3 Eficácia preclusiva do evento cardiovascular não prevenido



Eneyde Gontijo Fernandes M. Rocha

As doenças cardiovasculares, em especial a doença isquêmica do coração e os acidentes vasculares cerebrais, constituem a causa de 30% dos óbitos na população, suplantando em 300% a mortalidade por doenças

neoplásicas. Por tratar-se de doenças degenerativas e, conseqüentemente, com maior incidência nas faixas etárias mais altas, sua prevalência tende a crescer em decorrência do aumento da expectativa de vida e do envelhecimento da população.

Sua evolução insidiosa é mascarada pelos intrincados mecanismos de compensação, que o organismo humano, obra prima da criação, aciona automática e silenciosamente, restabelecendo o equilíbrio funcional do órgão acometido, até o exaurimento de suas reservas. Destarte, o sintoma, erroneamente interpretado como sinal premonitório de moléstia, representa, na verdade, a ponta do iceberg: em 50% dos casos o evento cardiovascular fatal representa a primeira manifestação da doença.

O estupendo progresso no conhecimento da evolução da doença aterosclerótica, substrato da doença coronariana e dos acidentes vasculares cerebrais, e de seu diagnóstico e tratamento cria o poder / dever de preveni-la, quer pelo profissional de saúde, quer pelo titular do direito à vida, aqui considerada a premissa de que o homem não vive para si mas para cumprir uma função e que as moléstias cardiovasculares degenerativas ceifam vidas detentoras de patrimônio socio-cultural indispensável à formação das gerações futuras.

Na prevenção da doença aterosclerótica, a identificação dos fatores de risco do cliente permite instituir estratégias individualizadas de prevenção, de acordo com a estratificação do risco em baixo, médio ou alto, em função da coexistência de história familiar de doença cardiovascular, idade, sexo, tabagismo, hipertensão arterial, obesidade, dislipidemia, diabetes mellitus e novos marcadores, como a proteína C reativa aumentada, que

4.6.4 Emoções como fator de adoecimento

Muito antes do aparecimento das manifestações clínicas, ocorrem alterações que sempre são conseqüência de uma desarmonia oriunda da vivência de emoções, as quais podemos chamar de emoções pesadas, tais como a raiva, a tristeza, o medo, a preocupação, o ressentimento. Esses fatores geram desarmonias e adoecimento.

Esse contato com as emoções inicia-se muito precocemente em nossas vidas; desde a fase intra-uterina, quando o contato inicial dá-se com as emoções vividas por nossa mãe. Essas emoções vivenciadas pelo feto modificam os níveis de batimentos cardíacos, de frequência respiratória e de pressão arterial e já criam uma trajetória que, quando na fase adulta, depara-se com esta mesma emoção. Tais modificações já se

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
Bacharela em Direito pela PUC - BH
Pós-graduanda em Processo Civil - CAD

denota vigência de processo inflamatório.

Os diversos fatores de risco convergem para um denominador comum, ou seja, o comprometimento da parede das artérias, induzindo formação de placas e comprometendo a função do endotélio - o revestimento interno do vaso. A obstrução da luz do vaso pela placa aterosclerótica pode progredir cronicamente, com a redução do orifício sendo contornada pela vasodilatação compensatória, mediada por substâncias produzidas pelo endotélio. Esgotada esta reserva funcional do vaso comprometido, o fluxo de sangue passa a não atender às necessidades do órgão que nutre, comprometendo a função deste em graus variáveis, na dependência da desproporção entre a oferta de sangue pela artéria lesada e a necessidade do órgão irrigado pela mesma. Atingidos patamares críticos de privação de oxigênio, sobrevém o dano irreversível, ou seja, a morte das células, exteriorizada clinicamente pelo Infarto do Miocárdio ou Acidente Vascular Cerebral ou óbito. As obstruções agudas, conseqüentes à ruptura de uma placa e/ou a sobreposição de trombos à sua superfície, representam as emergências mais temidas devido à surpresa e à alta mortalidade. A prevenção se impõe.

No afã de preservar a integridade dos vasos e evitar os eventos cardiovasculares, à instituição de hábitos alimentares saudáveis, ao combate ao sedentarismo, à obesidade e tabagismo, associam-se medicamentos destinados a reduzir a pressão arterial, a normalizar a glicemia e a adaptar as concentrações sanguíneas de colesterol e triglicérides aos valores recomendados em função do risco individual identificado.

O exame clínico minucioso, a avaliação da química do sangue e os exames de imagem ou funcionais, destinados à identificação e quantificação das lesões nos órgãos alvo do processo aterosclerótico, propiciam ao cardiologista determinar a estratégia para reverter desequilíbrios e aumentar a expectativa de vida útil. Porém, cabe ao paciente o ônus, a faculdade, o poder e o dever de, segundo Perlingieri, realizar-se não libertariamente, mas como um valor a ser preservado também no respeito de si mesmo.

Eliana Quintino Franco De Sá

Médica Neonatologista da Equipe do Hospital Mater Dei

tornam automáticas e independem do nosso desejo. Elas fogem do nosso controle, pois são inconscientes e imediatas.

As emoções vão agir nos neurônios, onde são liberados neurotransmissores que agem no hipotálamo, na hipófise e no eixo neuro-endócrino e, a partir daí, na Adrenal, no Timo e no sistema imunológico, sistema nervoso simpático e parassimpático com toda gama de alterações nesses níveis.

É importante sabermos lidar com as emoções pesadas, que podem determinar no organismo desde um rompimento da parede ventricular ou de uma artéria cerebral, ocasionando uma hemorragia craniana, ou uma isquemia cerebral e até mesmo um câncer.

Podemos sentir uma raiva como uma emoção saudável sem que seja excessiva ou sem que contenha uma leitura de destruição. Essa emoção-raiva irá mobilizar outras emoções e esse conjunto de emoções, quando não expressos ou verbalizados em um determinado período, irá, silenciosamente, construir o que no nosso inconsciente ficou programado.

Faz muito sentido quando numa vivência forte mandamos uma mensagem para o nosso inconsciente “*eu não quero mais viver*”: em três anos isso será concretizado se não reconhecido e modificado.

A tristeza e a mágoa são importantes no mecanismo do câncer e das doenças autoimunes. Um exemplo fácil de compreender são os processos inflamatórios que se localizam em diferentes partes do nosso corpo. Essas localizações são em áreas cuja leitura mostra o que não foi concretizado. Quando estamos vivenciando uma situação de raiva intensa e sentimos a vontade de nos defender fisicamente, é a nossa mente inconsciente que expressa essa vontade e como o nosso consciente é moldado pela nossa educação, o que fica é “*eu quero fazer, mas não posso*” e essa expressão física deixa de existir, mas fica uma mensagem “*eu gostaria de ter me defendido fisicamente, mas não posso*”. Assim, toda a nossa musculatura é travada, inflamada e retraída, gerando dor e limitação na área referente ao fazer: ombros, antebraço,

braço e mão. Essa expressão do corpo, referente ao que não foi dito, estendem-se às mais diversas áreas do corpo, ocasionando manifestações clínicas diversas.

O estresse é uma condição. O que sentimos quando estamos diante do estresse é que é importante. Reconhecer toda cascata de emoções que ele ocasiona é postura única de cada ser humano e a consciência disso é fundamental. Se ele é gerador de emoções muito pesadas e se já tivermos o caminho traçado no inconsciente de como essa emoção age em nosso corpo, a resposta poderá ser instantânea, com o aumento da frequência cardíaca, dos níveis da pressão arterial, com conseqüências graves.

É fundamental que o estresse, a raiva, a preocupação, a tristeza, o medo e os ressentimentos sejam sentidos e imediatamente resolvidos, de forma verbalizada ou não. Aprendendo a conhecer nossas emoções, poderemos modificá-las com facilidade, sem guardá-las. As emoções não só doem na alma, como são os nossos próprios inimigos internos, criados por nós mesmos e apenas nós mesmos poderemos eliminá-los ou aprender a conviver com toda gama de emoção, sem adoecermos.

Devemos sim cultivar as emoções leves como, por exemplo, a alegria, o que contribuirá, de forma muito especial, para a nossa saúde e nosso bem-estar.

4.6.5 Recomendação de leitura em outra área do conhecimento

4.6.5.1 BOFF, Leonardo. **Ética da vida**. Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

Autor de “A águia e a galinha”, Leonardo Boff abandonou faz tempos a mera associação de o mentor da Teologia da Libertação no Brasil. Com “Ética da Vida”, o pensador corrobora a sua imensa capacidade de evocar temas importantes para a nova ordem mundial: ética, ecologia, espiritualidade e política. Assuntos tão caros a ambientalistas, pessoas engajadas socialmente ou simplesmente para quem deseja se atualizar e ter

um contato mais de perto com as novas tendências. Isso sem perder de vista o fato de ser uma leitura objetiva, fluida, de um dos mais renomados intelectuais brasileiros. De permeio, não se resiste à tentação de se recordar da imposição do silêncio imposta ao teólogo pela Igreja Católica. Seria um desserviço da religião se o filósofo tivesse emudecido de vez e nos furtado de produzir uma obra tão rica como esta.

4.7 TÉCNICA PROCESSUAL

4.7.1 Execução de Termo de Ajustamento de conduta com obrigações de natureza diversas: obrigação de fazer e obrigação de dar quantia

Gregório Assagra de Almeida

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

Vigora no processo de execução, regido pelo CPC/73, o *princípio da especialidade dos procedimentos executivos*. Não há, portanto, em sede de processo de execução do Direito Processual Civil brasileiro um rito comum ou inominado, conforme existe no de conhecimento (Livro I), em que o rito *ordinário*, na condição de rito comum, aplica-se *subsidiariamente* aos outros ritos procedimentais (art. 272, parágrafo único e § 2º do art. 292, ambos do CPC).

Assim, para cada tipo de obrigação, o CPC, no Livro II, estabelece rito específico para a execução do título executivo respectivo (arts. 621/735), de forma que para obrigações de dar coisa certa ou incerta, o rito é o dos arts 621/631; já para as obrigações de fazer ou não fazer, o rito é o do arts. 632/645; enquanto para os casos das obrigações de dar quantia existem três ritos no CPC, quais sejam: arts. 646/729 (execução por quantia certa contra devedor solvente); 730/731 (execução por quantia certa contra a fazenda pública); e 732/735 (execução de prestação

alimentícia).

Nesse sentido, dispõe o art. 573 do CPC: “É lícito ao credor, sendo o mesmo o devedor, cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo” (grifo nosso).

Com base no art. 573 do CPC, conclui-se que é possível cumular execuções com obrigações com a mesma natureza jurídica por exemplo: cumular execuções de obrigações de fazer e não fazer, mesmo que fundamentadas em títulos diversos, desde de que seja o mesmo o executado. Entretanto, não será possível cumular obrigações de fazer com obrigações de dar quantia, pois a forma do processo não é idêntica – os ritos são diversos. O art. 573 do CPC, acima transcrito, confirma o *princípio da especialidade dos procedimentos do processo de execução*.

Como prevê expressamente o art. 19 da Lei nº 7.347/85, o CPC aplica-se subsidiariamente à ação civil pública.

Destarte, como nem a referida lei nem o CDC (Lei nº 8.078/90) estabelecem disciplina específica para o processo de execução, a execução do TAC é regida pelo CPC.

Nesses casos, a ação civil pública de execução de título executivo extrajudicial vai seguir o CPC, no que for compatível.

Ora, se no TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) existem obrigações diversas (obrigação de fazer e obrigação de dar quantia, como nos casos de obrigação de recuperação da

área ambiental degradada e multa pelo descumprimento dessa obrigação), não é possível a cumulação das execuções em um único processo de execução, pois os ritos procedimentais, conforme já ressaltado acima, são diversos.

Nas hipóteses ventiladas no parágrafo anterior, duas ações civis públicas de execução deverão ser ajuizadas, o que gerará a instauração de processos distintos, mesmo que distribuídos por dependência em razão da conexão fundamentada nas causas de pedir das respectivas ações (art. 103 do CPC).

4.7.2 O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença nos crimes tentados

Paulo de Tarso Morais Filho

Promotor de Justiça

Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça



Paulo de Tarso Morais Filho

Sabidamente, a ação penal em sentido estrito é aquela desencadeada pela apresentação da peça inaugural, que pode ser uma denúncia ou queixa. A partir da formalização de um desses atos processuais, o Ministério Público ou o ofendido leva a juízo o fato que entende se adequar a um tipo penal previamente estabelecido em lei, pugnando pelo exercício do *jus puniendi* estatal através do juízo criminal competente.

Seguindo as normas em vigor, a ação penal reclama as mesmas condições do processo civil - possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade - sem as quais não há a adequada formação da relação processual, conseqüentemente inviabilizando a entrega da prestação jurisdicional pelo Estado.

Não só isso, a petição inicial do processo penal deve ser elaborada de forma a permitir o mais amplo exercício de defesa, como forma de se manter íntegra uma garantia individual, inserida como um dos mais importantes princípios Constitucionais.

É a partir dos fatos descritos na denúncia que estarão delimitadas as questões a serem discutidas nos autos, desenvolvendo-se toda a marcha processual no sentido de assegurar de forma irretorquível o contraditório.

Pois bem, nada disso é novidade no meio jurídico, tratando-se apenas das regras básicas do direito processual.

Entretanto, a questão adquire novos contornos quando se avança para situações específicas, como é o caso dos crimes praticados sob a forma tentada, em que algumas peculiaridades devem ser observadas, para que não se depare com a violação dos princípios constitucionais apontados.

Na prática, pouco se tem debatido a respeito da necessidade de melhor descrição dos fatos no que diz respeito às tentativas delituosas.

Duas são as teorias encontradas na doutrina acerca da punibilidade para os crimes tentados: a subjetiva e a objetiva.

No que diz respeito à primeira, sustenta-se que o *jus puniendi* deve atrelar-se exclusivamente à vontade do autor, ou

seja, deverá ser considerada para efeito de aplicação da pena somente a intenção do autor de dirigir sua conduta no sentido de violar a norma penal. Vale dizer que se o autor do fato manifesta sua intenção perfeita de praticar o delito, utilizando-se dos atos de execução, deve arcar com os ônus desse seu desiderato. Despreza-se, então, o resultado objetivo produzido, uma vez que este sucedeu-se na forma não desejada por circunstâncias que não estavam sob o controle do agente. Nessa hipótese, pune-se o crime tentado da mesma forma que o consumado.

Já para a teoria objetiva não há que se considerar para efeitos de punibilidade o elemento volitivo, mas, tão somente, deverá ser averiguado o grau de extensão da lesão a que foi exposto o bem tutelado, para aí se dosar a reprimenda. Quanto mais próximo da consumação, maior a punibilidade.

É em decorrência da adoção da teoria objetiva pelo Código Penal Brasileiro que se entende que a descrição fática da denúncia ou queixa adquire fundamental relevância.

Não se tem como viável deixar ao arbítrio exclusivo do juiz, após encerrada a instrução, a avaliação do perigo a que foi exposto o bem, sem que a inaugural do processo descreva com a clareza necessária quais as conseqüências objetivas da ação do acusado, sob pena de violação dos princípios Constitucionais supra-indicados. Em outras palavras, é imprescindível que a denúncia ou queixa descreva qual o resultado final alcançado pela ação do acusado.

A variável de diminuição de pena autorizada pelo artigo 14, inciso II, do Código Penal - entre 1/3 e 2/3 - tem que estar atrelada, necessariamente, por uma descrição fática na denúncia ou queixa da extensão dos danos provocados pelo agente.

Na realidade, o que se constata com maior freqüência é a inobservância dessa circunstância por ocasião da propositura da ação penal, impedindo, aos que se encontram sujeitos ao processo criminal o exercício da ampla defesa e do contraditório. Conseqüência disso seria a imposição ao juiz de aplicar, em benefício do réu, a diminuição de pena em seu grau máximo.

Conclui-se, assim, que, em respeito aos primordiais princípios da ampla defesa e do contraditório, a vestibular do processo criminal em crimes tentados deve conter a descrição do resultado produzido pelos atos executivos, como forma de garantir a ampla defesa e contraditório e também para que propicie ao juiz a aplicação do redutor de pena segundo critérios objetivos.

4.8 COMENTÁRIOS A SÚMULAS OU JURISPRUDÊNCIAS

4.8.1 Comentários sobre acórdão do TJRS: ação civil pública e irregularidade na representação; possibilidade de sucessão processual com o ingresso do Ministério Público no lugar da demandante originária; justificativa fundada no princípio da economia processual e na proteção do interesse público.

Samuel Alvarenga Gonçalves

Bacharel em Direito

1. Ementa do acórdão comentado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Civil Pública. Legitimidade ativa da autora. Irregularidade na representação. Substituição processual pelo Ministério Público. Princípio da economia processual. Em face das irregularidades da representação da Autora – a qual possui legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública referente à proteção ao meio ambiente –, a sua substituição processual pelo Ministério Público no pólo ativo é decisão atenta ao interesse público da ação proposta, assim como ao Princípio da Economia Processual. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO (TJRS, Terceira Câmara Civil, Agravo de Instrumento n. 70009625799, Relator Matilde Chabar Maia, j. 18/11/2004).

2. Comentários

Vigora em sede de ação civil pública os princípios da proibição do abandono e da desistência motivada, conforme se observa da leitura ao § 3º, do art. 5º, da LACP, *in verbis*: “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

Em ambos os casos, o Ministério Público, obrigatoriamente, ou outro legitimado ativo, facultativamente, deverá assumir a legitimidade ativa da referida demanda coletiva. Sobre o assunto, já escreveram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

[...] Assunção da titularidade ativa pelo MP. Verificando que houve desistência infundada ou abandono injustificado da ação, o MP tem o poder-dever de assumir a titularidade ativa da ACP [...]. Não se trata de ato discricionário do MP, cabendo-lhe integrar os *conceitos jurídicos indeterminados* de “infundada” para a desistência e de “injustificado” para o abandono.

[...] Assunção por outro co-legitimado. Havendo abandono ou desistência por qualquer dos autores, os demais co-legitimados têm a faculdade de assumir o pólo ativo da ACP. O que é dever para o MP é faculdade para os outros legitimados[...].¹

Assim, em que pese o aludido dispositivo legal fazer menção apenas aos casos de desistência ou abandono, o acórdão em comento merece aplausos porque realizou **interpretação ampliativa e extensiva** do art. 5º, § 3º, da LACP, permitindo a assunção da titularidade ativa do órgão do Ministério Público também nas hipóteses de o autor apresentar irregularidades quanto à sua representação. Ressalta-se que essa interpretação é a que melhor se ajusta ao espírito das ações coletivas e atende perfeitamente ao princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito no processo coletivo, sobre o qual, aliás, a doutrina vem se manifestando no seguinte sentido:

Assim, como guardião dos direitos e garantias fundamentais sociais fundamentais, o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, tem interesse em

enfrentar o mérito do processo coletivo, de forma que possa cumprir o seu mais importante escopo: o de pacificar com justiça, na busca da efetivação dos valores democráticos. Com efeito, o Poder Judiciário deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar sua função social.

[...]

Portanto, na orientação dessa diretriz principiológica, o Poder Judiciário em vez de ficar procurando questão processual para extinguir, sem o enfrentamento do mérito, o processo coletivo, deverá flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, a fim de que, na resolução do conflito coletivo, efetive o comando jurídico esperado socialmente.²

Todavia, gostaríamos de destacar que o acórdão em questão, não obstante mostrar-se atento aos valores que informam o processo coletivo e apresentar conteúdo elogiável, padece de atecnia quando alude expressamente que o Ministério Público poderá atuar como *substituto processual*, quando na verdade a questão versa sobre *sucessão processual*.

Fala-se em substituição processual – que é espécie de legitimação extraordinária – quando a parte vem a juízo, autorizada por lei, e atua em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio. Entretanto, no caso descrito na ementa, o Ministério Público não estaria em juízo defendendo direito alheio, mas direito próprio em decorrência apenas da mudança de titularidade imposta nos casos de desistência infundada ou abandono injustificado de ações coletivas. Trata-se, portanto, de sucessão processual.

O próprio Código de Processo Civil também se utiliza da expressão equivocadamente no seu art. 41 ao dispor sobre a *substituição processual* no lugar de *sucessão processual*, como explicam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Sucessão Processual. Embora a lei fale em substituição, na verdade se trata de sucessão processual. Sucessão Processual ocorre quando outra pessoa assume o lugar do litigante, tornando-se parte na relação jurídica processual. Defende em nome próprio, direito próprio decorrente na mudança da titularidade do direito material discutido em juízo. Na substituição processual, que é espécie de legitimação extraordinária (CPC 6º), o substituto defende em nome próprio, direito alheio; na sucessão processual o sucessor defende, em nome próprio, direito próprio, pois ele é o titular do direito afirmado e discutido em juízo.³

Logo, se por um lado o acórdão incorreu nessa “justificável” imprecisão terminológica, por outro ele merece certamente os nossos elogios pela forma com que interpretou ampliativamente o art. 5º, § 3º, da LACP, conferindo a possibilidade de o Ministério Público assumir a titularidade ativa nas ações coletivas mesmo fora das hipóteses legalmente previstas.

Referências Bibliográficas:

¹ Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 1534.

² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 572.

³ Op. Cit., p. 438.

4.8.2 Comentário da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça que versa sobre a prisão civil do devedor de alimentos

Samuel Alvarenga Gonçalves

Bacharel em Direito. Oficial do Ministério Público

Cláudio Márcio Bernardes

Bacharel em Direito. Oficial do Ministério Público

Wellington Pereira

Acadêmico de Direito. Estagiário do Ministério Público

1. Teor da Súmula

Súmula 309 do STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”.

2. Comentário

A Súmula comentada veio materializar entendimento que já vinha sendo sedimentado na jurisprudência pátria. Entretanto, verifica-se que se de um lado ela procura resolver polêmicas e dissídios muitas vezes prejudiciais à prestação jurisdicional, por outro ela enfraquece os meios de pressão para garantir jurisdicionalmente a efetivação da prestação alimentícia pelo devedor ao alimentando, muitas vezes em situação muito fragilizada.

Estabelecer que o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo é estabelecer forte obstáculo à efetivação do processo, pois poderá ocorrer que o executado encontre-se em lugar de difícil acesso ou em lugar incerto e não sabido. Assim, enquanto ele não for citado, as prestações vencidas no curso do processo não poderão, com exceção das três últimas, servir de base para a prisão. Com isso, o devedor, tomando conhecimento do ajuizamento da execução poderá se esquivar por meses para não ser citado e, em sendo citado, quitará as três últimas prestações, evitando, com isso, a sua prisão.

Por isso, entendemos que o mais razoável seria estabelecer a data das três últimas prestações a partir da propositura da ação de execução da pensão alimentícia (art. 263 do CPC) e não a partir da citação do executado. Essa segunda orientação, presente na súmula comentada, retira a eficácia desse tipo de tutela jurisdicional e privilegia a conduta do executado que dificulta de alguma forma a citação.

Registre-se que a posição por nós defendida já mereceu acolhida pelo próprio STJ, em recentíssimo acórdão

relatado pelo Min. Ari Pargendler, mesmo após a publicação do enunciado em comento:

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Prisão Civil. Pensão Alimentícia. A prisão civil de quem deve pensão alimentícia se justifica ante a falta de pagamento das prestações vencidas nos **três meses anteriores à propositura da execução** e daquelas vencidas no decurso do respectivo processo. Recurso ordinário não provido (STJ, 3ª Turma, RHC 18127 / MG, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 13.09.2005, DJU 03.10.2005, p. 239 - grifamos).

Em outra oportunidade, essa Colenda Corte apresenta discreta confusão, pois proclama a incidência da referida Súmula 309, mas alude expressamente às três prestações anteriores à propositura da demanda executiva. Veja-se:

Habeas Corpus - Prisão Civil - Devedor de Alimentos - Art. 733 do CPC - Inclusão Das Prestações Vencidas no Curso da Ação Executiva - Possibilidade - **Súmula 309/STJ** - Pagamento Parcial - Manutenção do Decreto Constitutivo - Propositura de Ação Revisional - Prosseguimento da Execução - Ordem Denegada. 1 - É entendimento assente nesta Superior Corte de Justiça ser legítima a prisão civil do devedor de alimentos quando fundamentada na falta de pagamento de prestações vencidas nos **três meses anteriores à propositura da execução** ou daquelas vencidas no decorrer do referido processo. Incidência da **Súmula 309/STJ**. 2 - O pagamento parcial da dívida alimentar, na linha da Jurisprudência deste e.g. Tribunal de Uniformização, não é capaz de elidir a segregação do executado. Precedentes. 3 - A propositura da ação revisional não impede a execução de alimentos, ainda que sob o rito do art. 733 do CPC, não consistindo em óbice a eventual decretação de prisão civil do alimentante que se revela inadimplente. 4 - Ordem denegada. (STJ, 4ª Turma, HC 44270/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 15.09.2005, DJU 03.10.2005, p. 252 - grifamos).

Esperamos, portanto, a reflexão do STJ, com a revisão da súmula em comento.

4.9 DEBATE

4.9.1 “Querem mudar as regras do jogo, no meio do campeonato”

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira

Promotor de Justiça/Promotor Eleitoral - MG

Integrante da CONAMP- Setor Eleitoral - Brasília/DF. Professor de Direito Eleitoral, Prática Forense, Estatuto da Criança e do Adolescente e Processo Penal



Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira

Preocupado com a tentativa de PEC de “excepcionar” o artigo 16 da CF/88, manteve contato com o culto Senador da República Ramez Tebet, para demonstrar minha preocupação com a notícia de 18 de agosto de 2005, publicada no Jornal "Estado de Minas", seção política, p.8, repórter Isabella Souto:

COMISSÃO VOTA REFORMA. Projeto que altera as regras eleitorais será debatido hoje pela

Comissão de Constituição e Justiça do Senado[...]O prazo, no entanto, já é considerado apertado pelo presidente da CCJ, senador Antônio Carlos Magalhães (PFL-BA). O baiano sugeriu ontem a apresentação de uma proposta de emenda constitucional para prorrogar o prazo pelo menos até dezembro:

Com isso, segue o parecer (*interna corporis*) para CONAMP, para servir de base para uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF, tão logo a PEC mude o artigo 16 da Cf/88.

CONAMP

PARECER INTERNA-CORPORIS

O dispositivo, da Emenda Constitucional impugnada, a pretexto de ser denominado de “casuísmo do Bem”, numa visão por outro enfoque do princípio maquiavélico de que “os fins justificam os meios”, viola cláusula pétrea e a Teoria do Direito (no tocante a vigência e aplicação das leis). Neste contexto, duas teses se relacionam:

TESE 1: ARTIGO 16 DA CF/88 COMO CLÁUSULA PÉTREA VEDAÇÃO MATERIAL IMPLÍCITA AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR:

Por esta tese, a Democracia, como está inserida no artigo 1º da CF/88, leia-se, é um princípio político-constitucional, não pode sofrer emenda constitucional que a desnature, o que se denomina de vedação material implícita ao Poder Constituinte Derivado Reformador. Como o artigo 16 da CF/88 é a maior expressão da democracia, pois é a muralha protetora desta, qualquer mudança neste é flagrantemente inconstitucional, pois mudaria as regras do jogo (*rules of game*) no meio do campeonato, o que se denomina de casuísmo, leia-se, ingerência de algum poder sofista: poder econômico, político ou de autoridade.

TESE 2: ARTIGO 16 DA CF/88 E TEORIA GERAL DO DIREITO APLICAÇÃO E VIGÊNCIA DAS NORMAS E INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS. VEDAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR (ARTIGO 60, §4º, IV, CF/88).

Superada a questão prejudicial alhures, a Teoria Geral do Direito faz-se de todo imperiosa.

No parecer feito para CONAMP, o promotor Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, citando o jurista Eugênio Pacelli de Oliveira (Procurador Regional Eleitoral e membro do MPF), no Fórum Técnico de Reforma Política, realizado na Assembléia Legislativa de Minas Gerais (16 e 17 de setembro de 2005), destacou outro importante aspecto da não incidência da EC:

A norma insculpida no artigo 16 da CF/88, que estabelece o prazo de um ano antes do pleito para surtir plena eficácia no tocante às mudanças do processo eleitoral, nas eleições que se avizinham, em relação às eleições de 2006, orienta o legislativo a publicar, no Diário Oficial da União, até 30 de setembro de 2005, mudanças nas regras do jogo. Isto porque, a partir de 01º de outubro de 2005, o artigo 16 da CF/88 já encontra-se vigendo, proibindo, assim, que qualquer mudança no processo eleitoral valha para eleições de 2006 (princípio do *rules of game*). Qualquer mudança, inclusive por processo de Emenda Constitucional, deveria respeitar, até 30 de setembro de 2005, o prazo insculpido no artigo 16 da Carta Republicana, pois é cediço que o instituto da aplicação da lei no tempo, lei superveniente revoga a anterior, porém, preservando seus efeitos. Assim, ultrapassado o limite de 30 de setembro de 2005 sem qualquer publicação no Diário Oficial da União, as mudanças nas regras eleitorais somente podem valer nas eleições de 2008 e seguintes e não nas de 2006, porquanto vigente o artigo 16 da CF/88, que deixa de ter expectativa de direito para surtir pleno efeito. Além disto, uma norma constitucional (leia-se, Emenda Constitucional eventualmente aprovada) não tem hierarquia sobre outra norma constitucional (artigo 16 da CF/88), de forma que não pode sobrepor a ela e retirar-lhe todos os efeitos que surtiu a partir de 01º de outubro de 2005 (incidência plena do artigo 16 da CF/88). Portanto, em que pese poder revogar uma norma por outra, não posso retirar o efeito de uma norma constitucional que está em plena eficácia, por outra de mesma hierarquia, salvo quando a eficácia deste cessar, leia-se, nas futuras eleições e não em 2006. Assim, não é possível alterar os efeitos de uma norma em pleno curso, subvertendo toda ordem jurídica e aplicação da lei no tempo. Por outro norte, além de uma norma constitucional não ter hierarquia sobre a outra, a partir do momento em que o artigo 16 da CF/88 surte eficácia plena, leia-se, a partir de 01º de outubro proibir qualquer casuísmo, seja do bem ou do mal (como se fosse possível identificar a ótica dos envolvidos), este efeito consolida-se numa garantia pétrea, qual seja, um direito individual¹ de todos os destinatários da norma, de possuírem estabilidade de um processo eleitoral com regras preordenadas, sem o perigo de casuísmos sobre o *rules of game*. A garantia individual é de todos (enquanto Nação) e não da maioria beneficiada, preservando, além disto, todos os aplicadores das novas regras, inclusive, como os juízes eleitorais, promotores eleitorais, partidos políticos e serventuários da Justiça Eleitoral, evitando tumulto, desordem, perda de prazos ou o caso da demora nas decisões judiciais de variadas instâncias².

CONCLUSÃO:

Portanto, o princípio da anualidade eleitoral, também conhecido como “antinomia eleitoral” ou conflito de leis no tempo é a expressão máxima da Democracia, lastreado no princípio do *rules of game*, ou seja, “não se pode mudar as regras do jogo no meio do campeonato”, traduzindo para seara jurídica eleitoral, não se pode fazer leis casuístas para preservar o poder político, econômico ou de autoridade.

Por este princípio, quando entro numa disputa eleitoral eu tenho que conhecer as regras do jogo e elas não podem ser

alteradas como forma de burlar o sistema jurídico por influência do abuso do poder econômico ou de autoridade ou “por nobreza diante de uma crise”. Portanto, o princípio em Direito Eleitoral, no tocante à antinomia das leis é o da “**preservação das regras do jogo**” ou “**da proibição de surpresas casuísticas**”

É o que o Direito norte-americano denomina de **RULES OF ENGAGEMENT** ou **RULES OF GAME**, ou seja, “as regras do jogo”, a saber, compromisso, promessa (*I am under an engagement to* – eu estou contratado para; ou, *I meet my engagements* – eu honro meus compromissos).

Notas e referências bibliográficas:

¹ Artigo 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

² Rui Barbosa dizia que “Justiça atrasada não é Justiça senão injustiça qualificada e manifesta”, o que é mais presente no processo eleitoral, em que a celeridade evita o perigo de se sobrepor a soberania popular materializada no voto.

4.10 LEIS E DEMAIS ATOS NORMATIVOS

4.10.1 Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005¹ - modificou a disciplina de cabimento do agravo por instrumento e na forma retida, alterando os artigos 522, 523 e 527 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo esta a primeira de uma série de projetos que tramitam perante o Congresso visando promover a chamada reforma processual civil.

4.10.2 Lei Estadual n.º 15.301, de 10 de agosto de 2004² - dispõe em seu artigo 51 que o servidor da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais deverá ser preventivamente suspenso de suas atividades e efetuado o recolhimento da arma de propriedade do Estado e de sua identidade policial, assim que for recebida pelo Poder Judiciário a denúncia decorrente da prática de algumas condutas criminais, além de outras medidas e sanções cabíveis.

4.10.3 Lei Estadual n.º 15.302, de 10 de agosto de 2004³ - dispõe em seu artigo 25 que o agente de segurança sócio-educativo no âmbito do Poder executivo do Estado de Minas Gerais deverá ser afastado do serviço público quando for indiciado em inquérito ou ação penal instaurada por iniciativa do Ministério Público no caso do cometimento de determinadas infrações penais, além de outras medidas e sanções cabíveis.

4.10.4 Resolução CNJ n.º 07, de 18 de outubro de 2005⁴ - disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e servidores investidos em cargos de direção e assessoramento no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Notas:

¹ Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 21 out. 2005.

² Disponível em: <<http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&p=1&u=http://www.almg.gov.br/njmg/dirinjmg.asp&l=20&r=1&f=G&SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT3=PLUROFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&SECT8=DIRINJMG&SECT9=TODODOC&co1=E&co2=E&co3=E&s1=&s2=15301+adj+2004&s3=&s4=>>>. Acesso em 21 out. 2005.

³ Disponível em: <<http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&p=1&u=http://www.almg.gov.br/njmg/dirinjmg.asp&l=20&r=1&f=G&SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT3=PLUROFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&SECT8=DIRINJMG&SECT9=TODODOC&co1=E&co2=E&co3=E&s1=&s2=15302+adj+2004&s3=&s4=>>>. Acesso em 21 ago. 2005.

⁴ Disponível em: <<http://www.cnj.gov.br/pages/anonimo/noticias.htm>>. Acesso em 21 out. 2005.

4.11 EXPERIÊNCIA DE MEMBRO APOSENTADO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4.11.1 Minas Gerais e a evolução do Ministério Público

Joaquim Cabral Netto

Procurador de Justiça aposentado. Ex-Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Autor do livro Instituições de Processo Penal, Ed. Del Rey, Belo Horizonte: 1997

– Mas como? – redargüi. Não haverá nada sobre o Ministério Público no relatório final do Diagnóstico da Magistratura, para ser aproveitado na lei que se prepara?

Estávamos nos meados de 1979 e, à época, eu era o Presidente da Associação Mineira do Ministério Público. Ali, na Avenida Assis Chateaubriand, em Belo Horizonte, participava de um almoço a que fora convidado pelos Procuradores da República de Belo Horizonte. À minha frente estava o Procurador-Geral da República, professor Henrique Fonseca de Araújo o qual, juntamente com o Ministro Rodrigues Alkmin, do Supremo Tribunal Federal, estava encarregado de elaborar um diagnóstico, a partir do qual haveria uma reforma constitucional e, em decorrência, a elaboração de uma lei para atualização do Poder Judiciário.

– Não! Não haverá nada! O Ministro Alkmin entende que as disposições relativas ao Ministério Público deverão ser objeto de estudo posterior!

Aquele pareceu-me um dos momentos cruciais para a evolução do Ministério Público e, então, completei:

– Dr. Henrique, em cento e cinquenta anos de independência, esta é a primeira vez que um Procurador-Geral da República participa de um estudo capaz de também alavancar o Ministério Público. O Senhor me desculpe, mas não lhe seria possível inserir pelo menos um único parágrafo na reforma constitucional? Creio, mesmo, que poderia ser: “Lei Complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual”.

Eu nunca me esquecerei da maneira como ele me olhou. Com o cenho franzido emendou:

– Como é mesmo o teor do texto proposto?

O que ocorreu a partir dali os estudiosos da Instituição o sabem. Uma Emenda Constitucional acrescentou um parágrafo

único ao artigo 96, da Constituição de 1967, reproduzindo, praticamente *ipsis literis*, aquela sugestão. Em decorrência, um anteprojeto de Lei Complementar, ali prevista, foi preparado, com a participação dos órgãos de classe de todo o Brasil. Em meu mandato, agora como Presidente da CONAMP, aquele anteprojeto foi enviado e, posteriormente, aprovado pelo Congresso Nacional.

Conhecida como Lei Complementar Federal 40, de 14 de novembro de 1981, ela deu uma estrutura genérica única para o Ministério Público dos Estados. Aquela Lei foi tão importante, que a data de sua promulgação foi transformada em Dia Nacional do Ministério público.



Joaquim Cabral Netto

As “normas gerais” que aquela lei deveria estabelecer passaram a se constituir na espinha dorsal do Ministério Público dos Estados. Ela criou o Órgão Especial para exercer as atividades do Colégio de Procuradores de Justiça nos Estados com mais de quarenta Procuradores, - e que em Minas Gerais tem o nome de Câmara de Procuradores; criou o Conselho Superior e a Corregedoria-Geral; deu ao Ministério Público o caráter de Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado; proibiu que pessoas alheias à carreira exercessem funções do Ministério Público, - e deixou claro que os Procuradores-Gerais deveriam sair dentre os

membros da carreira, ao mesmo tempo em que extinguiu o Adjunto de Promotor, ainda existente em alguns Estados; deu ao Procurador-Geral de Justiça o *status* de Secretário de Estado; estabeleceu que os membros do Ministério Público Militar dos Estados integrariam o quadro único do Ministério Público Estadual.

Quando se estuda o crescimento e a evolução do Ministério Público no Brasil, vê-se que Minas Gerais contribuiu, de forma decisiva, para as medidas iniciais que alavancaram esse crescimento.

4.12 IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.12.1 A reserva do possível e a eficácia dos direitos fundamentais

Wellington Pereira

Acadêmico de Direito. Estagiário do Ministério Público



Wellington Pereira

A problemática relativa à eficácia dos direitos fundamentais¹ é notadamente mais evidente em relação aos direitos fundamentais sociais², pois as suas prestações materiais dependem dos recursos de que o Estado dispõe. No entanto, a Constituição determina ao legislador que viabilize o conteúdo desses direitos³.

A pergunta que se faz é: seria possível a implementação dos direitos fundamentais sociais por meio do Poder Judiciário? A questão é polêmica, encontrando como argumento para sua negativa a alegação de ilegitimidade do Poder Judiciário para a conformação do conteúdo desses direitos, por se entender que seria afrontado o princípio da Separação de Poderes⁴. Por sua vez o Poder Público invoca o princípio da *reserva do possível*, para escusar-se de concretizar as políticas públicas de implementação do conteúdo dos direitos sociais.

Em relação ao argumento de ilegitimidade do Poder Judiciário em exigir a implementação do conteúdo dos direitos sociais, quando não realizado ou não realizado satisfatoriamente pelo Poder Público, o que afrontaria o princípio da Separação de Poderes, deve ser revisto quando se tratar de prestações de serviços sociais, pois esse princípio não pode ser invocado para justificar injustiças sociais e causar inércia social⁵.

Parece-nos cada vez mais necessária à revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais⁶.

O citado princípio deve ser submetido a uma releitura, não para possibilitar a ingerência de um Poder sobre o outro, mas para possibilitar uma reformulação funcional do Estado, objetivando uma melhor distribuição de suas funções e um efetivo controle de *freios e contrapesos*. No paradigma do Estado Democrático de Direito, os princípios devem ser viabilizados para a construção de uma sociedade mais justa, sendo interpretados sob o método hermenêutico da adequabilidade. Assim, o argumento de que o princípio da Separação de Poderes deve prevalecer a qualquer custo, deve ser superado em prol de se reduzirem os obstáculos que impedem a materialização do conteúdo dos direitos sociais fundamentais, não importando se a materialização do conteúdo destas normas programáticas seja feita pelo Poder Público ou implementadas por meio do Poder Judiciário.

Quando os preceitos constitucionais não são cumpridos por omissão do legislativo ou do administrador, pode ter como consequência uma inconstitucionalidade permanente (visto que os preceitos constitucionais são

vinculantes e servem como princípios orientadores) gerando instabilidade política e um sentimento de descrédito nas instituições democraticamente instituídas. Outrossim, é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara o Estado em mora por não implementar preceitos constitucionais econômicos, sociais e culturais. Sentenças dessa natureza tornam-se importantes veículos canalizadores das reivindicações sociais, por expressarem o sentimento social de inconformismo com a inércia do Poder Público. Com tais sentenças, o judiciário não está controlando o administrativo e sim exercendo sua função de fiscalizá-lo e cumprindo seu papel na dinâmica de freios e contrapesos⁷.

O princípio da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) foi desenvolvido na Alemanha, fruto de uma decisão da Corte Constitucional germânica, que entende que a prestação dos serviços públicos pelo Estado está condicionada à disponibilidade dos recursos necessários para a implementação de tais serviços. Segundo a Corte Constitucional Alemã, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade⁸. De acordo com essa teoria não é permitido exigir do Estado acima de um limite básico social.

A doutrina e a jurisprudência alemã sempre influenciaram os juristas brasileiros, por fazerem parte da família romano-germânica, e por isso muitos preceitos e teorias daquele país foram transportados para o Brasil. Entretanto, o mesmo preceito ou teorias aplicados em contextos sociais diferentes assumem feições também diferentes. O Brasil com toda sua diversidade cultural e sua desigualdade social não pode importar conceitos jurídicos de uma sociedade desenvolvida como a alemã, sem a devida adaptação. O próprio significado de *possível* no contexto alemão tem outra conotação, se comparada com o contexto brasileiro. Naquele país o desenvolvimento humano atingiu um estágio ainda não experimentado pelo Brasil. Em nosso contexto, a implementação dos direitos fundamentais é cada vez mais dependente do Estado. Assim, conclui-se que a reserva do possível pode ser fruto de um direito comparado equivocado, porquanto foi importado de uma sociedade que em nada se aproxima da nossa, principalmente na definição do que seja a garantia mínima de direitos⁹.

Nesse sentido, baseando-se no princípio da reserva do possível, é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária para o cumprimento imediato de decisão judicial que verse sobre políticas públicas. Entretanto, não é razoável aceitar qualquer alegação de falta de recurso, fundamentando-se apenas nesse princípio. Como esclarece o Min. Celso de Melo em ADPF nº 45:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado na Carta Política.

Não se mostra lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência¹⁰.

Assim a escassez de recursos deve ser investigada, no caso concreto, pois, do contrário, de nada adianta a norma constitucional se esse argumento fosse sempre invocado. Também deve ser salientado que o sistema de planejamento orçamentário não é feito com a total liberdade do legislador. Tanto ele quanto o administrador não possuem discricionariedade para dispor dos recursos como bem entenderem¹¹. A norma do art. 3º da Constituição Federal enumera os direitos sociais que devem ser perseguidos pelos

governos que se sucedem. O Estado deve disponibilizar toda sua estrutura para servir à obtenção destes desígnios. Em voto recente o Min. Carlos Mário da Silva Velloso demonstrou a vinculação entre os objetivos constitucionais e a obrigatoriedade de se realizarem despesas que foram previamente definidas, em voto que tratou do uso dos recursos arrecadados com a CIDE¹².

Destarte, não deve ser apenas limitada à reserva do possível a aplicação dos recursos necessários, e sim aplicá-los buscando efetivamente transformar em realidade as conquistas formais dos direitos fundamentais. Conclui-se que a questão de cumprir as tarefas sociais não está relegada somente ao governo e à administração, mas encontra seu fundamento no próprio texto constitucional sobre os direitos sociais. A sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

Notas e referências bibliográficas:

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1988, p. 54-58.

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 88-90.

³ KRELL, Andréas Joachin. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 27.

⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *A Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 141.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 41.

⁶ KRELL, Andréas Joachin. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 29.

⁷ FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico*. In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 19-25.

⁸ KRELL, Andréas Joachin. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, p. 40-41.

⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

¹⁰ ADPF nº 45 – Relator Min. Celso de Melo. www.interessepublico.com.br. Acesso em 15 de outubro de 2005.

¹¹ SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Julho/agosto de 2005, p. 213-226.

¹² ADI 2925 – Voto do Min. Carlos Mário da Silva Velloso.



**Ministério Público-MG
PGJ**



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

Disseminare

Editado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Av. Álvares Cabral, 1690 – Sto. Agostinho – BH – 30170-001
Fone: (31) 3330.8100
E-mail: ceaf@mp.mg.gov.br / mpmgjuridico@mp.mg.gov.br