



**AUDIÊNCIA PÚBLICA:
um mecanismo constitucional
de fortalecimento da legitimação
social do Ministério Público**

ENTREVISTA:
Professor da Samford University, EUA
Charles D. Cole

Público
Constitucional
Administrativo
Institucional

Coletivo
Material e Processual

Civil
Material e Processual

Penal
Material e Processual

Informações Variadas



4.9 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.9.1 Qualidade de vida no trabalho

Luciana Machado Teixeira

Mestranda em Administração

Coordenadora Administrativa do Núcleo de Assessoramento Jurídico em Belo Horizonte Minas Gerais – Advocacia Geral da União

A importância do trabalho na vida do homem é inegável, e mesmo não sendo uma categoria central, ele contribui para a subjetividade¹ humana. Hoje o trabalho não é visto apenas como um fator de lucro ou de necessidade de sobrevivência, ele passou a ocupar local de destaque na satisfação pessoal do indivíduo e existem até aqueles casos em que as pessoas encontram no trabalho o significado de suas vidas.

O trabalho é promotor de saúde quando possibilita o suprimento das necessidades humanas e proporciona um estado de satisfação.

Quando contraria as aspirações humanas e não permite ao indivíduo identificar-se com ele, o trabalho determina adoecimento.

Pesquisadores do mundo todo têm procurado descobrir o real significado de qualidade de vida no trabalho tão difundido na atualidade e, suas pesquisas têm demonstrado que em situações favoráveis o trabalhador mostra-se produtivo, envolvido com o trabalho, comprometido com a organização, motivado para resolver as questões organizacionais. Nesses casos o custo com o trabalho diminui e a produtividade aumenta consideravelmente. Trabalhadores satisfeitos e motivados produzem mais na mesma proporção que reduzem as ausências e os problemas tanto de relacionamento com a organização como os de saúde.

Então questiona-se: “Como criar condições favoráveis ao trabalhador para que ele produza mais e gere menor custo?”

O ser humano só se compromete com aquilo que toca seu coração e sua alma. Uma atividade que humilha, que coloca em permanente alerta e traz sofrimento pode mantê-lo trabalhando, mas não mantê-lo comprometido.

As pesquisas revelam que o trabalho provoca o adoecimento quando é alienado, exige esforços superiores às condições humanas, fica no nível da execução, exclui a concepção, humilha, ofende e fragiliza o trabalhador. Nesses casos a qualidade do trabalho fica comprometida, a produtividade é somente a indispensável e problemas com a organização e os ligados à saúde física e mental do trabalhador são constantes. As ausências e os acidentes tomam proporções insuperáveis e algumas vezes até comprometem o adequado funcionamento da organização.

Criar um clima favorável de trabalho não envolve somente as condições ligadas ao trabalho em si. Analisar cada trabalhador, seu perfil, suas características, sua história, suas qualidades e defeitos são fundamentais para descobrir qual o melhor cargo a ocupar. A satisfação no trabalho deve ser vista através de um prisma multidimensional envolvendo o trabalho em si, a relação com a chefia, a relação com os colegas, o salário e os benefícios, a evolução da carreira e as perspectivas de crescimento.

Deve-se ter a consciência da real concepção da palavra indivíduo: “O indivíduo é um ser igual a si mesmo, e, portanto diferente do outro”. Ao analisar os trabalhadores que executam a mesma função deve-se obrigatoriamente levar em conta que cada trabalhador é único e reage à sua maneira aos fatores motivadores externos. Ao mesmo estímulo as reações são diferentes embora aparentemente iguais.

A tarefa de conciliar a qualidade de vida do trabalhador e as reais necessidades da organização não é missão das mais fáceis principalmente agora que o dinheiro e o “status” não são mais os fatores determinantes da escolha e sim as “melhores condições de trabalho, saúde e bem-estar”.

MPMG
jurídico



Nota:

¹ Subjetividade: consciência de si, construída na interação com os outros.

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

Diretor-Geral
Fernando Antônio Faria Abreu

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

Cláudio Márcio Bernardes

Fernando Soares Miranda

Marcelo Fernandes M. Da Rocha

Samuel Alvarenga Gonçalves

Wellington Pereira

Diagramação

Bernardo José Gomes Silveira

Marco Antônio Gibim

Fotos

Alex Lanza / ASC-PGJMG

JS – Qual a parte que mais o absorvia no trabalho?

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: A minha vida foi dedicada ao júri popular. Em véspera de júri, chegava a emagrecer dois quilos. Eu era um grande entusiasta do júri. Até hoje, ainda sou. Muito embora eu não participe mais, mas gosto do jeito que funciona. Tínhamos julgamentos fabulosos aqui e por onde andei.

JS – O que o senhor diz sobre o atual sistema carcerário.

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: A pena não é uma medida de castigo, ela deve ser cumprida rigorosamente, auxiliada por outros segmentos. Tem que ter medida psicológica, esclarecimento do criminoso do quanto o crime não compensa, e fazê-lo voltar ao convívio social restabelecido, disciplinado e não para voltar novamente ao crime. Isso teoricamente é uma maravilha, mas na prática, infelizmente, toda a prisão é uma promiscuidade porque o condenado não tem trabalho.

JS – Qual foi o caso mais importante que se lembra de ter participado?

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: Em Passos, participei como assistente do MP, acusando de um caso de extorsão seguida de morte. Leonardo de Pádua Toledo Maia pelo crime de extorsão seguida de morte contra matou Misael Ferreira da Silva que era candidato a prefeito. Ele tomou dezoito anos de cadeia, mas teve bom comportamento na penitenciária, depois, foi para condicional, durante todo o tempo em que ele esta prisioneiro. Foi um dos casos mais difíceis que tive, e o de maior repercussão.

JS – Trabalhando como promotor, depois como advogado, o senhor deve ter se saído muito bem nos julgamentos após sua aposentadoria do Ministério Público...

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: O advogado não pode afastar-se da verdade processual, assim como o promotor. Os argumentos embora pareçam antagônicos, seguem os fatos. Tem o campo da acusação e tem o campo da defesa. Como advogado, já sabia aquilo que o promotor ia alegar e contrapunha os argumentos dentro dos autos já sabendo a posição do acusador. Eu fazia o meu papel e ao mesmo tempo me prevenia naquele processo da argumentação.

JS – Em algum momento, chegou a ser ameaçado durante um julgamento?

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: Teve uma certa ocasião em São João Evangelista que tinha um criminoso de alta periculosidade. Eu o acusei dentro da lei, mas ele prometeu vingança, não só a mim, como ao juiz e aos jurados. Ele era conhecido como Curió e era famosíssimo no Vale do Jequitinhonha, no Vale do Mucuri, Vale do Rio Doce naquela região de Governador Valadares. Eu estava diante de uma situação constrangedora, diante de uma ameaça dessa, terrível, mas me aproximei dele e procurei tratá-lo bem.

JS – Chegou a ter medo de que a carreira pudesse prejudicar a segurança da sua família?

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: Não. Modéstia à parte, nunca abusei da minha profissão. Eu nunca acusei de maneira sistemática, desonrosa. Sempre exaltava as qualidades e encarava aquilo que o réu praticou como um erro ocasional que precisava

de disciplina. Mas não de maneira rigorosa, rancorosa, encarando a pena como uma crueldade, um castigo. Não. Apenas como uma medida para que ele viesse a se restabelecer, ressocializar e voltar ao convívio. Eu caía na simpatia dos criminosos porque nunca fui de denegrir e ofender a dignidade pessoal. Felizmente nunca fui vítima de represália contra mim ou minha família. A não ser nesse caso que contei, em que o condenado acabou se tornando um amigo.

JS – Como o senhor se autodenomina?

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: Sou uma criatura humana dentro do mundo dos homens. Não sou nada de extraordinário. Existem, como disse Nelson Hungria, pessoas que representam o sal da terra, o que há de extraordinário, acima do comum dos homens. Eu não sou assim.

JS – Qual foi a maior lição que aprendeu na vida?

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: Devemos sempre nos aproximar das pessoas boas, evitar as más companhias. Tive na minha fase de estudante uma época em que quase fui para o caminho errado, de boemia. Vi nisso um aviso de que não poderia ir por aquele caminho. Permaneci sempre voltado para o lado bom da vida. E ao mesmo tempo, para toda a família e para a humildade, porque precisamos ser humildes. Nada de inveja. Todos nos igualamos, somos iguais. Temos que praticar a solidariedade e o amor ao próximo.

JS – Qual o ensinamento que o senhor traz dos seus pais e passou para os seus filhos?

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: O principal ensinamento do meu pai era a honestidade. Ele falava sempre que a pessoa precisa ser honesta acima de tudo. Procuro sempre ser honesto e desde então passo para os meus filhos também, um exemplo de honestidade. E todos eles se conduzem muito bem dentro daquilo que é certo, correto. Numa época de certa dificuldade, minha mãe levantava cedo para fazer quitanda. Eu punha o tabuleiro na cabeça e saía vendendo rosquinha. Eu nunca me esqueci disso e do quanto ela era extraordinária.

JS – Qual foi o momento mais marcante da sua vida?

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: Quando fiz o concurso, fui aprovado, modéstia à parte, numa boa classificação e logo em seguida, nomeado promotor de justiça mesmo que para assumir o exercício da primeira comarca, eu tenha ido à cavalo. Mas, foi um grande acontecimento.

JS – Finalizando nossa entrevista, gostaria que deixasse um conselho aos nossos leitores.

Dr. Epiácio Advíncula de Souza: Somos pó e vamos voltar ao pó. Nada de orgulho, nada de querer ser maior que os outros. Pelo contrário, temos que ser humildes, procurar vencer pela honestidade, pelo trabalho, pela capacidade, sem distinção de classes, de cores. Nada de antagonismo, nada do homem ser lobo do homem. O que mata é a inveja. Vamos apreciar o lado bom da pessoa. Temos que ser solidários, compreender o próximo, dar assistência aos necessitados e levantar aqueles que estão querendo cair ao invés de deprimi-los mais ainda.

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

4.8 EXPERIÊNCIA DE MEMBRO APOSENTADO

Dr. Epitácio Advíncula de Souza

A seção *Experiência de Membro aposentado do Ministério Público*, em reconhecimento aos serviços prestados à Instituição, reproduz parte da entrevista do promotor de justiça **Epitácio Advíncula de Souza**, concedida ao Jornal Sudoeste, da cidade de São Sebastião do Paraíso. Nela, o leitor irá conferir um pouco da ética profissional de um homem idealista, honesto e batalhador, predicados tão caros à manutenção da boa reputação a que se atribui ao *Parquet* mineiro.

Ao Dr. Epitácio Advíncula de Souza, os nossos sinceros agradecimentos a todos os anos de relevantes e honrosos serviços prestados a esta Instituição.

JS – Aque se deve tanta saúde nessa idade?

Dr. Epitácio Advíncula de Souza: Procuo seguir uma dieta quase rigorosa. Quase não como carnes vermelhas, prefiro as brancas. Bebo muito líquido, pratico muito exercício. Levo uma vida muito tranqüila.

JS – Fale um pouco da sua família.

Dr. Epitácio Advíncula de Souza: Tenho três filhos, Isaac que é ortodontista, Guilherme que é engenheiro e Helena, que é advogada, coordenadora da Faculdade de Direito da Unifenas e professora de processo civil em Passos. Casei-me há 40 anos com a Leila, ela é professora, muito dedicada a mim e à nossa família.

JS – E sua infância no Vale do Jequitinhonha, como foi?

Dr. Epitácio Advíncula de Souza: Nasci na zona rural, numa fazenda chamada Cachoeira. Depois nos mudamos para outra fazenda, onde fiquei até os 7 anos, enfrentando uma vida simples, mas também muito feliz e sempre olhava para meus pais com muito orgulho. Meu irmão mais velho, Vicente, lamentavelmente veio a falecer. Minha irmã Maria das Dores faleceu aqui em Paraíso aos 72 anos. Éramos só três irmãos. Meu pai chamava-se Antônio, era fazendeiro, minha mãe chamava-se Rita e me lembro que era fervorosa adoradora de Nossa Senhora.

JS – Como surgiu a vocação para carreira na área jurídica?

Dr. Epitácio Advíncula de Souza: Toda vida meu pai, com o apoio de minha mãe, fez de tudo para que eu e meus irmãos tivéssemos ensino superior. Fiz o ginásio em Peçanha, no nordeste de Minas. Escolhi a advocacia por vocação e meus pais me deram todo apoio. Logo depois fui para Belo Horizonte, me matriculei na Universidade de Minas Gerais, fiz o pré-jurídico de dois anos. Formei-me com 24 anos. Logo depois, prestei concurso para o Ministério Público.

A minha primeira comarca foi São João Evangelista,

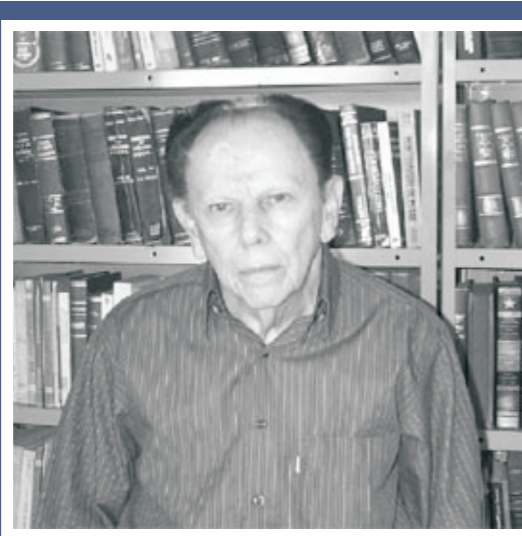
distante da minha terra 120 km. Para ir até lá, cozinhei na trempe de tropeiro, dormi em cima de um toco porque praticamente não tinha onde dormir, fiz um percurso de 4 dias de viagem a cavalo por estrada de terra. Quando cheguei a São João, fui muito bem recebido, graças a Deus. Tive o louvor e satisfação de trabalhar com um grande juiz na época, Iracy Jardim, hoje desembargador aposentado. Aquilo me deu muito ânimo. Enfrentei diversos processos, júris e mais júris, julgamentos e mais julgamentos. De lá fui para Areado, de Areado para Guapé, de lá para Cássia onde me casei. De Cássia fui promovido para Itajubá. Exerci a promotoria em Itajubá, respondendo também pela comarca de Brasópolis, quando então vagou em São Sebastião do Paraíso e eu procurei de todo jeito me remover para cá e aqui fiquei até me aposentar.

JS – E nunca mais voltou à sua terra?

Dr. Epitácio Advíncula de Souza: Eu tenho parentes, tenho até uma propriedade, mas muito raramente vou lá. São mais de 800 km de distância. É uma terra seca, agora que está melhorando. Com um grande incentivo, a produção de café lá está aumentando a cada dia. Chineses, japoneses e alemães adquiriram propriedades lá e deram um incentivo extraordinário. Lá ainda continua pobre, mas não tão miserável como era.

JS – O senhor nasceu numa região muito pobre e se tornou um homem bem sucedido. Considera-se um vencedor?

Dr. Epitácio Advíncula de Souza: Com a graça de Deus, me sinto vencedor. Enfrentei muitas dificuldades. Quando eu estudava para o concurso, punha os pés dentro da água fria para não dormir. Estudava de seis a oito horas por dia. Enfrentei um concurso duríssimo, na época todos aqueles que pleiteavam o Ministério Público, eram advogados de grande renome, até professores. Eles faziam o concurso para título e eu era para fazer a carreira. Aposentei-me com 52 anos e exerci a advocacia até 72 anos.



O Dr. Epitácio Advíncula de Souza trabalhou a vida toda em busca da realização profissional, pessoal e espiritual. Nascido em Itamarandiba, na pobre região do Vale do Jequitinhonha, em 22 de julho de 1922, completou 82 anos há pouco tempo e mantém uma lucidez impressionante e saúde invejável.

Dr. Epitácio é um grande homem. Vencedor, honrado, consciente de sua igualdade em relação aos demais e dono de uma grande cultura. O alto nível intelectual lhe escapa pelos poros, preenche o ar com singular solenidade ainda mais quando gesticula com intensidade. Transbordante também é sua preocupação com detalhes.

A conferir na entrevista que segue.

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Jarbas Soares Júnior

II APRESENTAÇÃO

Alceu José Torres Marques – Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

1 MATÉRIA DE CAPA

1.1 AUDIÊNCIA PÚBLICA: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público
Gregório Assagra de Almeida, Jarbas Soares Júnior e Samuel Alvarenga Gonçalves

2 ENTREVISTA

Professor Charles D. Cole

3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

- 3.1.1 A reforma eleitoral projetada**
Edson de Resende Castro 25
- 3.1.2 Os hipossuficientes e a taxa de inscrição em concursos públicos**
Sérgio Soares da Silveira 26
- 3.1.3 Vieses da contratação direta sem licitação:** necessidade e regularidade no procedimento
Paulo Roberto Moreira Cançado 28
- 3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área**
 - A) Obras doutrinárias**
 - 3.1.4.1 SANTIN, Valter Foletto.** *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime* 28
 - 3.1.4.2 DWORKIN, Ronald.** *O Império do Direito* 29
 - 3.1.4.3 COMPARATO, Fábio Konder.** *Sobre a legitimidade das Constituições.* 29
 - B) Artigos**
 - 3.1.4.3 COMPARATO, Fábio Konder.** *Sobre a legitimidade das Constituições.* 29
- 3.1.5 Jurisprudências da área**
 - 3.1.5.1 STF, Pleno.** *ADI e organismos geneticamente modificados* 30
 - 3.1.5.2 STF, Pleno.** *Teto remuneratório: incidência* 30
 - 3.1.5.3 STF, Pleno.** *Resolução CNJ: poderes para regulamentar a Constituição*

| | |
|--|----|
| 3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL | 31 |
| 3.2.1 A fumaça e a trapaça | 31 |
| Lúcio Antônio da Silva | |
| 3.2.2 Áreas de proteção especial: valiosos e pouco conhecidos instrumentos de defesa do meio ambiente, do ordenamento urbano e do patrimônio cultural | 32 |
| Marcos Paulo de Souza Miranda | |
| 3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área | 34 |
| A) Obras doutrinárias | |
| 3.2.3.1 GLOEKNER, Ricardo Jacobsen e SCHWARTZ, Germano A. A Tutela Antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica | 34 |
| B) Artigos | |
| 3.2.3.2 FILOMENO, José Geraldo Brito. Ações Coletivas: dupla comemoração | 34 |
| 3.2.4 Jurisprudências da área | 35 |
| 3.2.4.1 STJ, 2ª Turma. Natureza jurídica e finalidade inquérito civil público | 35 |
| 3.2.4.2 TJMG, 2ª Câmara Cível. Consagração do direito constitucional à moradia. Interferência positiva do Poder Judiciário na gestão da administração pública | 35 |
| 3.2.4.3 TJMA, 3ª Câmara Cível. Dever do Município em garantir o pleno acesso à saúde mediante o pagamento de tratamento em hospital particular se a rede pública não dispõe dos meios necessários | 35 |
| 3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL | 36 |
| 3.3.1 Desconsideração da personalidade jurídica | 36 |
| Luiz Eduardo Martins Ferreira | |
| 3.3.2 Análise das tutelas cautelar e antecipada | 37 |
| Juliana Caetano de Paula | |
| 3.3.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área | 38 |
| A) Obras doutrinárias | |
| 3.3.3.1 DESTEFENNI, Marcos. Natureza constitucional da tutela de urgência | 38 |
| 3.3.3.2 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; MAZZEI, Rodrigo e RAMOS, Glauco Gumerato. Reforma do CPC | 38 |
| B) Artigos | |
| 3.3.3.3 RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria e PIMENTA, Haroldo. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil | 39 |
| 3.3.4 Jurisprudências da área | 39 |
| 3.3.4.1 TJRS, 7ª Câmara Cível. Reconhecimento judicial de união homoafetiva com base no princípio da dignidade humana | 39 |
| 3.3.4.2 TJMG, 16ª Câmara Cível. Aplicação da teoria da aparência em sede contratual. Responsabilidade civil solidária da pessoa jurídica pelos danos causados por empresa que age “aparentemente” em seu nome | 39 |
| 3.3.4.3 TAMG, 5ª Câmara Cível. Sentença sem assinatura do juiz monocrático não pode ser declarada nula em sede recursal quando o Relator do recurso determina o retorno dos autos à 1ª instância e o magistrado aposta a sua assinatura | 39 |

Cabe afirmar a competência desta Corte para dirimir o presente conflito – instaurado entre Juízo de Direito, a quem se atribui a competência constitucional de julgar causas previdenciárias, nos termos do artigo 109, § 3º da Constituição Federal – e Juízo de Direito do Juizado Especial Estadual Cível. Este é o entendimento que se infere do artigo 105, I, d da Constituição Federal, porque, in casu, os juízes em conflito não estão vinculados ao mesmo Tribunal, já que não existe sujeição entre juízes do Juizado Especial Estadual e os TRFs (STJ, 3ª Seção, CC 46672/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14.02.2005, DJ 28.02.2005, p. 184).

3.6 Alvo principal dos nossos comentários: acórdão do STJ que dispõe sobre a competência para julgar conflito de competência entre Juiz monocrático da Justiça Comum (Estadual ou Federal) e Juiz monocrático do Juizado Especial (Estadual ou Federal)

Por fim, assinaladas algumas outras questões sobre o tema, vamos aos comentários ao acórdão do STJ oriundo do julgamento do CC 55145/ES, datado de 26 de abril de 2006, o qual inovou, de certa forma, posição mais ou menos assentada. Vejamos.

Segundo o referido acórdão, havendo divergência, por exemplo, entre um Juiz de Direito da Vara Criminal em Belo Horizonte(MG) e outro Juiz de Direito, mas com atuação perante o Juizado Especial Criminal, também da capital mineira, seria do STJ a competência para dirimir a controvérsia, isto com base no art. 105, I, “d”, da CF/88, pois a “norma tem o sentido de retirar dos tribunais locais o julgamento de conflito entre órgãos judiciários a eles não vinculados, atribuição que fica reservada ao STJ, tribunal da União com jurisdição de âmbito nacional”.

Tal decisão da 1ª Seção do STJ vai de encontro à orientação certa vez emanada da 2ª Seção desse mesmo órgão jurisdicional, para a qual “Segundo entendimento pretoriano, não compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar conflito entre Juiz de Juizado Especial e Juiz de Direito Estadual” (STJ, 2ª Seção, CC 47671/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 14.09.2005, DJ 26.09.2005, p. 169).

No mesmo sentido, entendendo ser do Tribunal de Justiça local a competência para dirimir conflitos entre Juiz de Direito e Juizado Especial: CC 30137/AM e AgRg na Rcl 1500/SC, ambos do STJ.

Sobre a matéria em apreço, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que compete ao STJ dirimir o conflito entre juizado especial e juiz de direito. De acordo com eles, o art. 105, I, “d” confere tal prerrogativa ao STJ devido ao fato de o Juizado Especial não estar vinculado ao TJ, não havendo, portanto, subordinação, em termos de recurso, das decisões daquele órgão a este Tribunal. Transcrevem-se as palavras dos juristas para melhor elucidação de todos:

Notas:

¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 518.
² Idem, ibidem.
³ Idem, ibidem.
⁴ O mesmo raciocínio pode ser aplicado se no lugar do Juiz monocrático Federal estiver um Juiz do Juizado Especial Federal.
⁵ Op. cit., p. 517.

O TJ pode reformar decisão de juiz de direito, mas não decisão do juizado especial. Esse é o sentido da vinculação de que trata a CF 105 I d : o juiz de direito é “vinculado” ao TJ, mas o juiz do juizado especial não o é. **Como não há subordinação das decisões do juiz do juizado especial ao TJ, esse juiz não é “vinculado” ao TJ para efeitos jurisdicionais.** Assim, o caso concreto trata de conflito entre juízes vinculados a tribunais diversos (o juiz de direito é “vinculado” ao TJ; o juiz do juizado especial é “vinculado” à turma recursal), de modo que o STJ é, sim, competente para dirimir esse conflito (CF 105 I d), sendo incompetente o TJ Estadual (grifou-se)⁵.

Nesse diapasão, a Constituição do Estado de Minas Gerais expressamente também utiliza do critério da hierarquia recursal para fixar a competência originária do seu Tribunal de Justiça local para dirimir conflitos entre Juizes de Direito (CEMG, art. 106, I, “i”).

Respeitosamente, ousamos discordar dos mestres nesse particular por entendermos que o critério da competência ou hierarquia recursal não explica a matéria de forma satisfatória. Iguamente as decisões do Juizado Especial, ao menos das suas Turmas Recursais, também não estão sujeitas a reforma pelo STJ (Súmula nº 203/STJ); logo, não haveria problemas para que o próprio TJ solucionasse o conflito, levando-se em conta esse critério.

Ademais, não se olvide que pelos critérios da proximidade e da praticidade, bem como pela garantia constitucional da celeridade e economia processual (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), seria mais eficaz que os próprios TJ’s resolvessem a questão. Isso porque esses órgãos têm um contato muito maior com as circunstâncias fáticas e jurídicas constantes dos conflitos. E mais: a centralização no STJ de todos os conflitos de todos os Estados-membros comprometeria a própria efetividade do processo, o que pode ser evitado se os tribunais locais, de forma pulverizada, encarregassem-se dessa função.

Lado outro, trata-se da hipótese denominada pela doutrina de competência implícita que é afirmada por intermédio de uma interpretação lógica ou por compreensão. Assim, mesmo que o texto constitucional não explicita qual o órgão deve atuar no caso, é possível chegarmos ao tribunal competente com base nesse tipo de interpretação. Como salientado, a lógica seria que o tribunal mais próximo de onde se situa o conflito resolvesse a controvérsia.

Outrossim, o acórdão sob comento também contraria o entendimento do STF, inclusive em sua composição plenária, como se nota dos seguintes julgados: CC-QO 7098/GO, CC 7097/GO, CC 7095/GO, CC 7096/GO e CC 7101/GO.

Por fim, são essas as nossas considerações a respeito do tema.

precedentes dessa Corte, especialmente da 2ª e 3ª Seções (CC 36545/RS, CC 48566/MG, CC 41744/RS, CC41190/MG). Para ilustrar, vale citar trecho da ementa do acórdão referente ao julgamento do CC 39876/PR, cuja relatora foi a *Min. Laurita Vaz*:

A Eg. Terceira Seção, em consonância com o Plenário da Suprema Corte, consolidou o entendimento de que, por não haver vinculação jurisdicional entre Juizes das Turmas Recursais e o Tribunal local (de Justiça ou de Alçada) - assim entendido, porque a despeito da inegável hierarquia administrativo-funcional, as decisões proferidas pelo segundo grau de jurisdição da Justiça Especializada não se submetem à revisão por parte do respectivo Tribunal - deverá o conflito de competência ser decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a teor do art. 105, inciso I, alínea d, da Constituição Federal, que dispõe ser da competência deste Tribunal processar e julgar, originariamente, "os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juizes a ele não vinculados e entre juizes vinculados a tribunais diversos" (STJ, 3ª Seção, CC 39876/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 318).

Igual entendimento tem sido sustentado pelo Pleno do STF, a ver: CC 7081/MG, CC 7106/MG, CC 7212/BA.

Entretanto, em julgamentos mais antigos sobre a matéria, o STJ já decidiu pelo não-conhecimento de conflito de competência entre Turma do Juizado Especial e Tribunal de Justiça, em aplicação à indigitada Súmula 22/STJ, alvo de nossos comentários no próximo tópico.

Naqueles julgados, ora se sustentava que deveria prevalecer a decisão do TJ estadual sobre a Turma Recursal, por ser aquele órgão hierarquicamente superior a este (CC 30913/MA), ora se sustentava a aplicação da Súmula 203/STJ para afirmar a incompetência do STJ para o julgamento da matéria devido ao entendimento de que Turma Recursal do Juizado Especial não tem natureza de "Tribunal" (CC 38288/MG).

O STJ já entendeu, inclusive, que compete ao STF a competência para dirimir tais conflitos (CC 39950/BA), ferindo frontalmente o art. 102, I, "o", da CF/88, que exige a presença de pelo menos um Tribunal Superior ou do STJ no respectivo conflito de competência para que seja deslocada tal incumbência ao Pretório Excelso.

3.3 Conflito de competência entre Tribunal de Justiça e os extintos Tribunais de Alçada dos Estados-membros. Súmula 22/STJ

Como é cediço, com o advento da EC 45/2004, os remanescentes Tribunais de Alçadas foram incorporadas aos respectivos Tribunais de Justiça locais. Todavia, antes dessa fusão, o conflito de competência entre esses dois órgãos jurisdicionais era palco de discussões e chegou a ter orientação sumulada no STJ.

Segundo a Súmula 22/STJ, datada dos idos de 1990, "Não há conflito de competência entre Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-membro". Pode-se dizer que essa foi uma posição consolidada no STJ, esposada em acórdãos até bem recentes sobre a matéria (HC 40001/PR, CC 46778/MG, ambos do ano de 2005).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery anotam que essa súmula foi inspirada em decisão do STF (RTJ 90/435), todavia superada com a promulgação da CF/88¹.

Para esses juristas, a Súmula 22/STJ não deve prevalecer

pois a hierarquia do TJ sobre o TA "é administrativa e funcional, mas não *jurisdicional*"². Não existe competência hierárquica entre tais tribunais, uma vez que as causas julgadas pelo TA não dispunham de recurso para o TJ, assim como ambos os órgãos jurisdicionais, até o advento da EC/45, tinham suas competências fixadas pela CF, CE e leis extravagantes.

Assim, apesar de sustentarem que deveria ficar a cargo do STJ a solução de tais conflitos, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicam por que tal expediente não tem ocorrido na prática:

Entretanto, o STJ 22 tem tido aplicação na prática, porque o STJ não conhece do conflito e o TJ dirime a controvérsia por intermédio do incidente denominado "dúvida de competência". V. RJTJSP 774³.

Seja como for, ficam registradas as duas abalizadas opiniões da doutrina e da jurisprudência.

3.4 Conflito de competência entre Turma Recursal do Juizado Especial e os extintos Tribunais de Alçada dos Estados-membros

Apenas a título de ilustração, colocamos aqui alguns arestos divergentes quando o conflito se dá entre a Turma Recursal do Juizado Especial e os antigos Tribunais de Alçada.

A princípio, por uma questão de lógica (sem atentarmos quanto ao acerto ou não da posição), deveria ser aplicado o mesmo entendimento para os conflitos entre TA e TJ, em aplicação analógica à Súmula 22/STJ.

Nesse sentido, o STJ já decidiu pelo não-conhecimento de conflito de competência entre Turma Recursal e Tribunal de Alçada, como nos CC 32227/MG, 38654/MG, 40199/MG.

Contudo, em julgados mais recentes, o STJ parece ter abandonado essa orientação e afirmado a sua incumbência para o processamento e julgamento de conflito de competência instaurado entre Turma Recursal e Tribunal de Alçada (CC 44185/RO, CC 40199/MG, CC 44195/MG).

Destarte, tal discussão tornou-se inócua diante da extinção dos TA's pela chamada Reforma do Judiciário.

3.5 Conflito de competência entre Juiz de Direito investido de jurisdição federal e Juiz do Juizado Especial Estadual ou Juiz monocrático Federal

Seguindo com o propósito de apresentar algumas questões a respeito do tema, nota-se que quando estiverem em conflito Juiz de Direito investido de jurisdição federal e um Juiz monocrático Federal, é de se aplicar a Súmula nº 3/STJ, *in verbis*: "Compete ao Tribunal Regional Federal dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre juiz federal e juiz estadual investido de jurisdição federal".

Apesar de os envolvidos fazerem parte, organicamente, de Tribunais diversos (o que deslocaria a competência ao STJ por força do art. 105, I, "d", da CF/88), como o julgamento da matéria posta em análise será realizado no âmbito ou em nome da Justiça Comum Federal - qualquer que seja o resultado da controvérsia -, é razoável que o conflito seja dirimido pelo órgão jurisdicional de 2º grau dessa Justiça na correspondente região⁴.

Todavia, se o conflito se der entre Juiz de Direito investido de jurisdição federal e Juiz de Direito de Juizado Especial Estadual, concordamos com o *Min. Gilson Dipp* ao assentar que:

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL 40

3.4.1 Direito penal, Ciência do Direito penal e "poder punitivo estatal" 40

Luiz Flávio Gomes

3.4.2 Breve análise dos argumentos sobre a possibilidade de investigação criminal realizada pelo Ministério Público 41

Marcelo Cunha de Araújo e Patrícia Teixeira de Oliveira

3.4.3 A lei que pune não vale mais que o decreto que perdoo: breve reflexão sobre o indulto (Decretos 5.295, de 02/12/04 e 5.620, de 16/12/05) 43

Rodrigo Iennaco

3.4.4 Os crimes virtuais: as condutas delituosas perpetradas através da Internet 45

Carine Silva Diniz

3.4.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área 46

A) Obras doutrinárias

3.4.5.1 MOTTA, Ivan Martins. *Estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito: dupla natureza jurídica e repercussões processuais penais.* 46

B) Artigos

3.4.5.2 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva* 46

3.4.6 Jurisprudências da área 46

3.4.6.1 TJMG, 2ª Câmara Criminal. *Desnecessidade de procedimento judicial para apuração de falta grave durante a execução da pena* 46

3.4.6.2 TAMG, 2ª Câmara Mista. *Competência do Juizado Especial Criminal para promover a execução penal dos crimes por ele processados* 47

3.4.6.3 TJMG, 4ª Câmara Criminal. *Progressão de regime em crimes hediondos. Análise do caso concreto pelo órgão jurisdicional competente, que poderá deferi-la ou não conforme as circunstâncias do delito* 47

4 INFORMAÇÕES VARIADAS 48

4.1 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS MINISTÉRIOS PÚBLICOS 48

4.1.1 O Mediador da República no Direito francês 48

Mário Antônio Conceição

4.1.2 O processo constitucional italiano e a atuação do Ministério Público 49

Emerson Garcia

4.2 SOCIEDADE EM DEBATE 50

4.2.1 O "juiz Hércules" e a "legislação do pânico" 50

André Ramos Tavares

4.2.2 Violência Doméstica: considerações preliminares sobre os aspectos penais e processuais penais 51

Marcelo Azevedo Maffra

4.3 LÍNGUA E LINGUAGEM 52

4.3.1 Impropriedades gramaticais do Estatuto da Criança e do Adolescente e a célebre lacuna do art. 17 da LACP 52

Cláudio Márcio Bernardes

4.3.2 A etimologia para um mundo melhor 54

Miguel Dias Filho

| | |
|--|----|
| 4.4 MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE | 55 |
| 4.4.1 Ministério Público e o planejamento familiar | 55 |
| Rogéria Cristina Leme | |
| 4.5 MINISTÉRIO PÚBLICO EM ATUAÇÃO | 56 |
| 4.5.1 FUNEMP | 56 |
| Jairo Cruz Moreira | |
| 4.5.2 Alteração da Súmula nº 309 do STJ | 56 |
| 4.6 TÉCNICA PROCESSUAL | 57 |
| 4.6.1 Da preponderância apenas relativa da decisão extintiva da punibilidade sobre a que decreta a absolvição do réu | 57 |
| José Fernando Marreiros Sarabando | |
| 4.7 COMENTÁRIO A SÚMULAS OU JURISPRUDÊNCIA | 59 |
| 4.7.1 Comentário a acórdão do STJ que dispõe sobre a competência para julgar conflito de competência entre Juiz monocrático da Justiça Comum (Estadual ou Federal) e Juiz monocrático do Juizado Especial (Estadual ou Federal) | 59 |
| Samuel Alvarenga Gonçalves | |
| 4.8 EXPERIÊNCIA DO MEMBRO APOSENTADO DO MINISTÉRIO PÚBLICO | 62 |
| Dr. Epitácio Advíncula de Sousa | |
| 4.9 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR | 64 |
| 4.9.1 Qualidade de vida no trabalho | 64 |
| Luciana Machado Teixeira | |

4.7 COMENTÁRIO A SÚMULAS OU JURISPRUDÊNCIAS

4.7.1 Comentário a acórdão do STJ que dispõe sobre a competência para julgar conflito de competência entre Juiz monocrático da Justiça Comum (Estadual ou Federal) e Juiz monocrático do Juizado Especial (Estadual ou Federal)

Samuel Alvarenga Gonçalves

Servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

1. Ementa do acórdão comentado

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZ FEDERAL DE JUIZADO ESPECIAL E JUIZ FEDERAL DE JUIZADO COMUM. COMPETÊNCIA DO STJ PARA APRECIAR O CONFLITO. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA. CRITÉRIOS. NATUREZA. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO FEDERAL (Multa aplicada no exercício do poder de polícia). COMPETÊNCIA DO JUIZADO FEDERAL COMUM, E NÃO DO ESPECIAL. 1. A Constituição atribui ao STJ competência para dirimir conflitos "entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos" (art. 105, I, d). A norma tem o sentido de retirar dos tribunais locais o julgamento de conflito entre órgãos judiciários a eles não vinculados, atribuição que fica reservada ao STJ, tribunal da União com jurisdição de âmbito nacional. Assim entendido o dispositivo, nele está compreendida, implicitamente, a competência do STJ para dirimir qualquer conflito entre juízes não vinculados a um mesmo tribunal local ou regional. 2. A jurisprudência do STF e da Corte Especial do STJ considera que as Turmas Recursais de Juizado Especial e os Tribunais de Alçada do mesmo Estado não são órgãos vinculados ao Tribunal de Justiça, razão pela qual o conflito entre eles é conflito "entre tribunal e juízes a ele não vinculados", o que determina a competência do STJ para dirimi-lo, nos termos do art. 105, I, d, da Constituição. 3. Assim como a Turma recursal, também o Juiz Federal de Juizado Especial não está vinculado ao Tribunal Regional Federal, o que significa dizer que o conflito entre ele e um Juiz Federal de Juizado comum é conflito entre juízes não vinculados ao mesmo tribunal. Também aqui, portanto, a competência para apreciar o conflito é do STJ, a teor do que está implicitamente contido no art. 105, I, d, da Constituição. 4. A Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabeleceu que a competência desses Juizados tem natureza absoluta e que, em matéria cível, obedece como regra geral a do valor da causa: são da sua competência as causas com valor de até sessenta salários mínimos (art. 3º). 5. A essa regra foram estabelecidas exceções dadas (a) pela natureza da demanda ou do pedido (critério material), (b) pelo tipo de procedimento (critério processual) e (c) pelos figurantes da relação processual (critério subjetivo). Entre as exceções fundadas no critério material está a das causas que dizem respeito a "anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal". Entende-se por lançamento fiscal, para esse efeito, o previsto no Código Tributário Nacional, ou seja, o que envolve obrigação de natureza tributária. 6. No caso concreto, o que se tem presente é uma ação de procedimento comum, com valor da causa inferior a sessenta salários mínimos, que tem por objeto anular auto-de-infração lavrado contra o demandante, "que deixou de proceder à

aferição do taxímetro de seu veículo na data fixada". Tratando-se de ato administrativo decorrente do exercício do poder de polícia, a causa se enquadra entre as de "anulação ou cancelamento de ato administrativo federal", excepcionada da competência dos Juizados Federais pelo art. 3º, 1º, III, da Lei 10.259/01. 7. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Espírito Santo, o suscitado (STJ, 1ª Seção, CC 54.145/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 26.04.2006, DJ 15.05.2006, p. 147 grifou-se).

2. Justificativas da escolha

Trata-se de matéria que sempre despertou alto grau de questionamento e polêmica nos tribunais e por isso possui variadas orientações jurisprudenciais, não raro encontrando-se posições divergentes e incoerentes no âmbito do mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão.

Assim, procuraremos demonstrar nesses breves comentários os diversos posicionamentos jurisprudenciais sobre a matéria – especialmente do STF e STJ, bem como aproveitaremos a oportunidade para destacar, inicialmente, algumas outras decisões que tratam de matéria análoga à desses comentários. Senão, vejamos.

3. Comentários

3.1 Apresentação inicial do dispositivo constitucional que rege a matéria: CF/88, art. 105, I, "d"

Diz o art. 105, I, "d":

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I processar e julgar, originalmente:

(...)

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos (grifou-se).

Esse tem sido o fundamento constitucional utilizado pelo STJ para avocar ou afastar de si a competência do julgamento desses conflitos.

Outrossim, observa-se que o STJ sumulou o entendimento de que "Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado proferida por um dos juízes conflitantes" (Súmula 59/STJ).

3.2 Conflito de competência entre Turma Recursal do Juizado Especial Estadual e Tribunal de Justiça local

Em se tratando de conflito de competência entre a Turma Recursal do Juizado Especial e Tribunal de Justiça (ambos do mesmo Estado-membro), a posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça é aquela que conduz a ele (STJ) a competência para o julgamento da matéria. Nesse sentido, inúmeros são os

adimplemento do Judiciário à causa ajuizada. E pelo insuperável obstáculo da *ilegitimatio ad causam*, “declarada extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, desaparece o poder-dever de punir do Estado, não mais podendo ser proferida qualquer decisão, seja para condenar ou para absolver”⁵.

Malgrado o peso e a contundência de tais lições, digno de nota o abalizado posicionamento do magistrado paulista Chaves Camargo, do egrégio Tribunal de Alçada bandeirante, reproduzido e destacado pelo mestre Paulo José da Costa Júnior, ofertando uma posição intermediária para a questão:

Algumas decisões têm entendido que o reconhecimento da prescrição retroativa prejudica o exame do *meritum causae*. Outras proclamam que a prescrição retroativa não impede o exame do mérito: - atingida pela prescrição da pretensão punitiva, a pena se anula e desaparecem os seus efeitos, enquanto impossibilitada a execução pelo Estado da manifestação imposta na sentença.

O Estado na acusação exerce o poder de censurar a ação, estabelecendo o desvalor desta ação para o contexto social, reprovando-a através da acusação.

Assim, se, ao final, se determina que a inércia deste mesmo Estado anulou a sentença, nos seus efeitos, é justo que haja o reexame, da matéria, para, socialmente, recolocar-se o indivíduo no seu verdadeiro lugar dentro do contexto social. Caso haja a confirmação da reprimenda, determinará o Estado a ineficácia da pena, em virtude do decurso do tempo.

De qualquer forma, há necessidade de reexame da matéria, para atender-se o pedido do próprio condenado, que apelou para se ver absolvido e não para o mero reconhecimento dos efeitos da prescrição da pretensão punitiva, com base na pena em concreto.(...)

O Estado deve possibilitar ao condenado a oportunidade de reexame de sua conduta para constatar-se o acerto ou não da acusação, muito embora, em termos materiais e processuais, o decurso do tempo tenha afastado a necessidade do cumprimento da pena, ou o motivo da persistência dos efeitos da condenação⁶.

Impressionante, com efeito, o alcance evidenciado por tais

sábias reflexões; não se olvidando da preponderância da questão preliminar envolvendo uma causa extintiva da punibilidade (no caso prescrição penal retroativa), ainda assim estaria o juiz obrigado a registrar, às expressas, o valor ou o desvalor da conduta imputada de infracional ante o contexto da sociedade, reprovando-a, aprovando-a ou, simplesmente, dando-a como indiferente para o conjunto social.

Exatamente como ocorreu no caso concreto trazido à baila, de se concluir por não só justa como recomendável tal atitude do julgador, mas apenas nas hipóteses de insistência do réu, via interposição de recurso, em ver decretada sua absolvição, porquanto a recalcitrância é dirigida, em casos que tais, exclusivamente à questão do elemento moral da conduta analisada, estando o acusado a perseguir, aliás provavelmente com razão, a declaração judicial de sua inocência no episódio *sub studio*.

Não há que se ignorar a importância pessoal e política, para o réu, de seu decreto de absolvição, o qual tem ele direito de perseguir, cuidando assim a Justiça de estabelecer, uma vez instada especificamente e por quem tem legitimidade para tanto, a real significação social do comportamento analisado.

Conclusão

A extinção da punibilidade do agente, uma vez detectada, seja em que fase for do processo, deve ser de pronto declarada pelo juiz, inclusive de ofício, porquanto seja matéria de ordem pública, e, em face da sua natureza de preliminar, impede a análise do mérito da causa, que fica prejudicado ainda que eventualmente fosse o caso de absolvição do réu por qualquer das hipóteses - incisos I a VI do artigo 386 do CPP.

Exceção única se faz, no entanto, em recurso do acusado visando exclusivamente à declaração de sua inocência, em que se fustiga decisão condenatória ou extintiva da punibilidade, deva o Judiciário aferir, como prestação de cunho eminentemente moral, o real significado da conduta imputada de infracional para o contexto da sociedade.

Notas:

¹ cf. Celso Delmanto, in Código Penal Comentado - RJ/Renovar - 4ª ed./1998 - p. 191

² RT 602/325, 652/312, JUTACRIMSP 19/105, 54/422, RTFR 124/195 etc.

³ RT 614/316, 646/299 etc.

⁴ opus cit., p. 194

⁵ in JTAERGS 93/22

⁶ in Comentários ao Código Penal reproduzindo trecho do voto vencido do Juiz Chaves Camargo, do TACRIM-SP AC 371.997/2 SP/Saraiva 1996 p. 329

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Jarbas Soares Júnior

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

Caros Leitores,

Uma nova fase do *MPMG Jurídico* veio consagrar, ainda mais, a qualidade e o prestígio dessa publicação. Como já ressaltado em outra oportunidade por seus Coordenadores Editoriais, Gregório Assagra de Almeida, Renato Franco de Almeida e Carlos Alberto S. Isoldi Filho, o nosso Boletim agora conta com o ISSN – Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number).

Esse certificado confere à publicação um reconhecimento nacional e internacional, especialmente no meio acadêmico-literário.

Realmente, essa é mais uma conquista que somente foi possível graças às valiosas contribuições de todos vocês. Por isso, seguimos firmes em nosso propósito de fazermos uma revista de qualidade superior, pluralista, democrática e vocacionada aos grandes debates jurídicos.

Os artigos, as entrevistas, as matérias de capa, o material jurisprudencial, enfim, todas as informações veiculadas nesse periódico têm sido de inestimável valia à comunidade jurídica, segundo atestam as mensagens que aportam diuturnamente na Coordenação Editorial do *MPMG Jurídico*.

Realmente, diante de tudo isso, só nos cabe agradecer-lhes reiteradamente mais essa vitória que galgamos juntos.

Um abraço a todos.

II APRESENTAÇÃO

Alceu José Torres Marques

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

No mesmo estilo preciso e pontual, aliás, marcas registradas desse Boletim, o *MPMG Jurídico* nº 5 chega até vocês este mês com a intenção de oferecer uma aprazível leitura.

A matéria de capa traz um excelente esboço sobre o sistema de realização de audiências públicas pelo Ministério Público como fator de legitimação social da Instituição.

O entrevistado deste mês é o conceituado catedrático da Samford University, em Birmingham nos Estados Unidos, Professor Charles D. Cole. Na pauta de discussões, falou-se acerca da história constitucional americana e o seu poder reformador, súpula vinculante, cotas nas universidades, direitos civis, ações afirmativas, o papel do Ministério Público, entre outros assuntos.

Na seção de artigos jurídicos, jurisprudências e indicação de obras dos diversos ramos do Direito, continuamos a apresentar um conteúdo que procura sempre aliar o conhecimento teórico à prática do profissional orgânico.

Por fim, na seção das Informações Variadas, destacamos a experiência do nosso colega aposentado Promotor de Justiça Epitácio Advíncula de Sousa, assim como a atuação do Ministério Público perante a França e a Itália, graças à prestimosa contribuição dos colegas Mário Antônio Conceição e Emerson Garcia.

Tenham todos uma ótima leitura!

III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

Prezados Senhores,

Ficariamos honrados em divulgar a sua experiência para toda comunidade jurídica. Por isso, reiteramos o nosso convite para participar da construção do próximo *MPMG Jurídico*.

Vale lembrar que todos os artigos, comentários, análises críticas e demais informações enviadas são avaliadas e selecionadas pela Coordenação Editorial do Boletim, segundo a pertinência da matéria abordada.

As normas para o envio do material são as seguintes: textos redigidos de forma clara, pontual, direta e de fácil compreensão, 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 1,00 para o texto principal e 1,50 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.

O autor deverá identificar-se e, caso deseje, também poderá encaminhar a sua foto e titulação correspondente para serem divulgadas junto ao corpo do texto. É necessário, ainda, fornecer endereço (o qual não será divulgado) para fins de encaminharmos um exemplar do boletim em que constar a sua contribuição.

Os textos deverão ser enviados, 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).

Aguardamos a sua colaboração.

Atenciosamente

Conselho Editorial do *MPMG Jurídico*

Jarbas Soares Júnior – Presidente

Paulo Roberto Moreira Cançado – Gestor Financeiro

Elaine Martins Parise – Coordenadora Editorial Jurídica

Alceu José Torres Marques – Coordenador Editorial Institucional

Jacson Rafael Campomizzi – Diretor Executivo

Jairo Cruz Moreira – Diretor Administrativo

Gregório Assagra de Almeida – Coordenador Editorial

Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho – Coordenador Editorial

Renato Franco de Almeida – Coordenador Editorial

Carlos André Mariani Bittencourt – Coordenador de Articulação e Integração

Luciano Luz Badini Martins – Coordenador de Redação

Fernando Antônio Faria Abreu – Representante dos Servidores

Envio de artigos e outras informações
mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

Logo, a partir do referido julgamento, a Súmula nº 309 do STJ passou a ter a seguinte redação, atendendo aos reclamos da comunidade jurídica por uma prestação jurisdicional mais eficaz:

Súmula 309 do STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao **ajuizamento da execução** e as que se vencerem no curso do processo” (grifou-se).

Nesse sentido, gostaríamos de elogiar a postura adotada pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça por ter revisado o entendimento prejudicial anteriormente firmado, assim como a iniciativa tanto do colega do Ministério Público mineiro Dr. André Luis Alves de Melo quanto da Associação de Advogados de São Paulo.

4.6 TÉCNICA PROCESSUAL

4.6.1 Da preponderância apenas relativa da decisão extintiva da punibilidade sobre a que decreta a absolvição do réu



José Fernando Marreiros Sarabando

Ao Estado assiste o direito de punir aqueles eventuais infratores da lei, bastando tratar-se de pessoas imputáveis, direito esse que, sendo em princípio abstrato, torna-se concreto mediante a ocorrência de uma efetiva infração da ordem jurídica, que, pela sistemática pátria, corresponda a um crime ou a uma contravenção penal (há países que têm no “delito” uma terceira figura, sendo que, para nós, tal vocábulo não passa de uma alternativa sinonimial para “crime”).

Uma conduta humana positiva (ação) ou negativa (omissão) somente será considerada violação punível da lei se revestir-se de tipicidade e ilicitude, e, quanto ao seu autor, de culpabilidade.

Concretizando-se para o Estado, pois, o direito de castigar, ou seja, de aplicar sanção ao infrator da lei penal (norma que tem por escopo a proteção de determinados bens jurídicos, mediante imposição de pena pessoal ao seu violador), de se concluir que esse fenômeno - chamado “punibilidade” - não é pressuposto, mas consequência da infração.

A punibilidade, ademais, desdobra-se em “pretensão punitiva” (direito do Estado de exigir do Poder Judiciário a aplicação, ao infrator, da pena prévia e legalmente cominada para a infração) e “pretensão executória” (direito do Estado de, exigindo do Poder Judiciário a execução da sentença penal condenatória, compelir o infrator ao cumprimento da sanção imposta em face da infração cometida).

O *jus puniendi* e o *jus punitiois* estatal, contudo, não são eternos nem inexpugnáveis, podendo ver-se obstados definitivamente mediante o advento de fatos ou atos jurídicos específicos, denominados “causas extintivas da punibilidade”, que, encontradas exemplificativamente no artigo 107 do Código Penal, têm por condão impedir o Estado de exercer aquele seu direito de sancionar os violadores, em pessoa, da norma jurídica de cunho penal.

Referidas causas, que podem ser gerais ou especiais (aplicáveis a quaisquer ou apenas a determinados crimes ou contravenções), comunicáveis ou incommunicáveis (extensíveis, ou não, aos co-autores e partícipes) e perenes ou temporárias (aplicáveis em qualquer época ou limitadamente a certos lapsos de tempo, como ocorre com a anistia), não fazem com que a conduta do agente deixe, só por si, de ser típica, antijurídica e culpável; todavia, extinta a punibilidade daquele comportamento.

José Fernando Marreiros Sarabando
Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas

torna-se insuscetível de sanção oficial o seu dono, subsistindo o crime ou a contravenção em todos os seus pressupostos.

Mister se faz a inclusão, a esta altura, da regra do artigo 108 do Código Penal, a título de imprescindível complemento:

[...]a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.

Quanto ao poder da extinção da punibilidade, é ponto pacífico que se trata de matéria de ordem pública, devendo o juiz, em qualquer fase do processo, declará-la de ofício, *ex vi* do dispositivo de número 61 do Código de Processo Penal.

Também é incontroverso que “a prescrição da pretensão punitiva sobrepõe-se a qualquer outra questão e precede ao mérito da própria ação penal”¹, isso porque, como é curial, tratando-se de extinção da punibilidade sob a forma *jus puniendi*, dá-se para o Estado a perda do direito de exigir do Judiciário a prestação jurisdicional, de sorte que fica obstaculizado o julgamento da própria lide, ou, em outras palavras, vê-se prejudicado o exame do mérito da causa.

Com efeito, não tendo ainda ocorrido o trânsito em julgado da decisão incriminatória, não há mesmo que se falar em *jus punitiois*, e, portanto, o que se tem até agora é o exercício, pelo Estado, de sua pretensão meramente punitiva, via da ação penal pública ou privada.

Ora, desaparecido o direito estatal de ver julgada a lide, tão somente há o juiz de declarar extinta a punibilidade, sustentando de pronto o ferimento do mérito², porquanto, tratando-se de matéria preliminar, impede a análise do merecimento da causa, ainda que eventualmente fosse a hipótese de absolvição do réu³.

O extinto Tribunal Federal de Recursos assim produziu, em sua Súmula, o Enunciado nº 241, *verbis*: “A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.”

Sobre ser ou não a decisão absolutória mais vantajosa para o acusado, oportuna a advertência de Celso Delmanto: “se, no final do processo, o juiz verificar provadas a inocência e a prescrição, deve reconhecer esta, por ser matéria de ordem pública, que suplanta até a absolvição”⁴.

É que, realmente, verificada a extinção da pretensão punitiva estatal, passa a falecer competência, ao magistrado, para avançar no conteúdo de sua prestação jurisdicional, visto que a partir de então deixa o Estado de ter legitimidade para exigir o

4.5 MINISTÉRIO PÚBLICO EM ATUAÇÃO

4.5.1 FUNEMP



Jairo Cruz Moreira

O presente artigo tem por escopo reiterar a divulgação do Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - FUNEMP a todos os colegas promotores e procuradores de Justiça desta Instituição.

Como é cediço, o FUNEMP é regido pelas Leis Complementares Estaduais (MG) nº 67/2003 e 80/2004 assim como pela Resolução PGJ nº 64/2004 e foi criado com o objetivo de assegurar recursos para a expansão e aperfeiçoamento das atividades do Ministério Público mineiro.

A maior parte dos recursos do FUNEMP provém de valores e bens arrecadados em Termos de Ajustamento de Condutas firmados, sobretudo, pelas Promotorias de Justiça que atuam na proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, **exceto na**

Nota:

¹ Banco do Brasil S.A. Agência nº 1615-2, Conta Corrente nº 6167-0.

4.5.2 Alteração da Súmula 309 do STJ

Senhores Leitores,

Nesse tópico do *MPMG Jurídico* nº 5, gostaríamos de destacar a alteração da Súmula 309 do STJ que diz respeito à prisão civil do devedor da alimentos.

Na edição nº 2 desse Boletim Jurídico, mais precisamente no tópico 4.8.2, foi divulgado comentário crítico sobre a súmula nº 309, então vazada nos seguintes termos:

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" (grifou-se).

Em sede desses comentários, ponderou-se que a referida súmula fragilizava os meios de pressão para que o demandado adimplisse o débito alimentar, já que exigia a sua citação prévia como requisito à decretação da prisão civil. Assim, o devedor, tomando conhecimento do ajuizamento da execução, poderia se esquivar por meses para não ser citado e, em sendo citado, quitaria as três últimas prestações, evitando, com isso, a sua prisão.

Por isso, para que esse meio de coerção pudesse surtir algum efeito do demandado, a súmula deveria indicar que a prisão civil do devedor poderia ser decretada a partir do vencimento da 3ª prestação contada do **ajuizamento da ação** (que se dá com o mero

Jairo Cruz Moreira
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça
Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho(RJ)

área de defesa do consumidor, em que há um fundo próprio.

Assim, a arrecadação das multas por descumprimento das obrigações pactuadas, bem como quaisquer outras cominações previstas no TAC, ou até mesmo de doações, deve ser direcionada para o FUNEMP, o que possibilitará o reaparelhamento e modernização da Instituição para o exercício de sua atividade finalística, em especial a efetivação da tutela especializada dos direitos e interesses difusos e coletivos.

Nesse sentido, os respectivos TAC's devem constar cláusula expressa mencionando o FUNEMP, de modo que os recursos advindos desses termos sejam revertidos para a sua conta bancária específica¹, sendo necessária a identificação do depositante-compromissário através de seu CPF ou CNPJ, conforme o caso.

Sem dúvida, o FUNEMP é mais uma importante ferramenta colocada à disposição do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, possibilitando uma atuação sempre renovada em direção à defesa de valores magnos da sociedade.

despacho do juiz ou com a sua distribuição, onde houver mais de uma vara, nos termos do CPC, art. 263), e não somente após a citação do demandado.

Nessa mesma linha de raciocínio, vale mencionar a atitude elogiável e a atuação firme do Promotor de Justiça da Comarca de Estrela do Sul (MG), Dr. André Luis Alves de Melo, o qual também manifestou o seu entendimento por meio de petição junto à 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (protocolo nº 00178232, de 05/12/2005), pugnando pela alteração da referida súmula, ao tempo em que salientou que "não pode a parte hipossuficiente ser responsabilizada pela demora no cumprimento do mandado de citação, inclusive muitas vezes a demora decorre de o executado criar dificuldades".

Assim, após o recebimento da aludida petição, o Presidente da 2ª Seção, Min. Aldir Passarinho Junior solicitou à Assessoria da Comissão Permanente de Ministros que tomasse providências no sentido de verificar os precedentes do enunciado sumular em questão.

Pois bem. No julgamento do HC nº 53.068/MS perante a 2ª Seção Seção do STJ, datado do dia 22.03.2006, DJ 05.04.2006, p. 172, a então Relatora Min. Nancy Andrich propôs a revisão da Súmula nº 309, ocasião em que salientou o equívoco em sua redação. Outrossim, a Associação dos Advogados de São Paulo AASP também contribuiu enormemente para a retificação do enunciado, como fez questão de ressaltar a Relatora.

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 AUDIÊNCIA PÚBLICA: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público

Gregório Assagra de Almeida
Promotor de Justiça. Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
Mestre em Direito Processual Civil e Doutor em Direito Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Jarbas Soares Júnior
Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Presidente da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente (ABRAMPA).
Samuel Alvarenga Gonçalves
Servidor do Ministério Público e bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna



Gregório Assagra Jarbas Soares Samuel Alvarenga

Sumário. 1. Abordagem introdutória: 1.1 Alguns dos grandes momentos históricos do Ministério Público Brasileiro; 1.2 Os dois modelos do Ministério Público e a necessidade de sistematização e ampliação do Modelo do Ministério Público Resolutivo; 1.3 A mudança da mentalidade institucional com a priorização da atuação preventiva como um dos novos horizontes para a transformação do Ministério Público. 1.4 A função pedagógica da cidadania como um compromisso constitucional social do Ministério Público. 2. A Audiência Pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público: 2.1 Audiência Pública (conceituação); 2.2 Audiência Pública (fundamentação constitucional); 2.3 Audiência Pública (fundamentação infraconstitucional); 2.4 Princípios, finalidades e objeto da Audiência Pública; 2.5 A elaboração dos Programas de Atuação Funcional do Ministério Público e a Função Pedagógica da Cidadania como finalidades nucleares das Audiências Públicas realizadas pelo Ministério Público; 2.6 O Mecanismo da Audiência Pública no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Resolução PGJ 43/2006). 2.7 Do dever constitucional de realização de audiência pública por outras Instituições de Defesa Social (Poder Judiciário, Defensoria Pública etc.). 3. Considerações finais.

A democracia avançada é assim e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos um nível de exigências, quem do qual não se pode ficar e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência denominado 'Estado' [GEWALT]: não como subpessoas [UNTER-MENSCHEN], não como súditos [UNTERTANEN], também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do 'povo' que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse estado. Essa democracia é portanto também um 'status negativus' democrático e um 'status positivus' democrático. Representa ela um nexu necessário, um nexu legitimador com a organização da liberdade e da igualdade (...).

FRIEDRICH MÜLLER (1998, p.115)

1.1.1 ABORDAGEM INTRODUTÓRIA

O presente texto encontra-se dividido em três tópicos principais. O primeiro, em que estão estabelecidas as bases reflexivas para o segundo, faz uma abordagem introdutória a respeito do Ministério Público brasileiro, com especial destaque aos seus dois modelos, o *demandista* e o *resolutivo*, e à necessidade de mudança da mentalidade institucional com a priorização da atuação preventiva. O segundo destina-se à essência do tema discorrido, a Audiência Pública (*um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público*), e nele há o estudo pontual de vários itens relativos a seu mecanismo no âmbito do Ministério Público. Convém ressaltar aqui a fundamentação constitucional, os princípios, as finalidades e o objeto da audiência pública. No último tópico, apresentam-se as considerações conclusivas que ilustram as idéias principais extraídas dos pontos reflexivos do texto.

1.1.1 Alguns dos grandes momentos históricos do Ministério Público Brasileiro

O Ministério Público brasileiro já passou por inúmeros momentos históricos importantes. Alguns deles merecem destaque especial¹.

O primeiro momento histórico importante adveio do reconhecimento do Ministério Público como Instituição, o que aconteceu com o advento da República, durante o Governo Provisório, por força do trabalho do então Ministro Campos Salles.

O segundo foi o decorrente da Lei Complementar Federal nº 40/81, primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, assim considerada porque definiu um estatuto básico e uniforme para o Ministério Público nacional e dispôs sobre as suas principais atribuições, garantias e vedações.

O terceiro surgiu com a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que conferiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa jurisdicional e administrativa de interesses e direitos difusos e coletivos, além de ter criado o inquérito civil. O Ministério Público começa a ter aqui função promocional de transformação da realidade social.

Um quarto momento histórico pode ser apontado com o advento da CF/88, o mais significativo e transformador de todos, tendo em vista que explicitou a vocação democrática da Instituição e estabeleceu o seu novo perfil na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88). O texto constitucional de 1988, além de inserir o Ministério Público dentro do Título IV *Da Organização dos Poderes*, mas em Seção própria, *relativa às Funções Essenciais à Justiça* (arts. 127/130), também estabeleceu que se trata de Instituição *permanente*, de forma a inseri-la no rol das cláusulas pétreas. O art. 129 da CF/88 arrola, em rol aberto, inúmeras atribuições do Ministério Público.

Todos os momentos acima advieram de conquistas no plano da alteração do sistema legislativo, constitucional ou infraconstitucional.

1.2 Os dois modelos do Ministério Público e a necessidade de sistematização e ampliação do Modelo do Ministério Público Resolutivo

No plano do novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedrosa Goulart (1988) também nesse sentido Gregório Assagra de Almeida (2003) descreve a existência de dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*. O Ministério Público *demandista*, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados. O Ministério Público *resolutivo* é o que atua no plano extrajudicial, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social.

Afirma Goulart (1988) ser imprescindível a efetivação do Ministério Público *resolutivo*, levando-se às últimas consequências o *princípio da autonomia funcional* com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados.

O órgão de execução do Ministério Público deverá valer-se dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo (Almeida, 2003).

A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução aos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz. Em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. O Judiciário não se especializou no plano da tutela dos direitos massificados.

O Ministério Público *resolutivo*, a par disso, torna-se um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma *ordem jurídica realmente mais legítima e justa*. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros *trabalhadores sociais*, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais, com a promoção da transformação social².

A sistematização, a compreensão conceitual e estruturação do modelo do Ministério Público *resolutivo* são uma porta aberta para os novos horizontes a serem enfrentados pela Instituição, especialmente para se libertar da crise de efetividade decorrente da morosidade da prestação jurisdicional que afeta profundamente o Ministério Público em seu *modelo demandista*.

1.3 A mudança da mentalidade institucional com a priorização da atuação preventiva como um dos novos horizontes para a transformação do Ministério Público

Como afirmado no item 1.1 deste breve texto, os grandes momentos históricos do Ministério Público surgiram de conquistas legislativas, constitucionais ou infraconstitucionais. Um novo momento histórico precisa ser construído. Contudo: “(...) ele não ocorrerá do dia para a noite, nem se dará com simples alteração da lei ou da Constituição. Ele se dará com a mudança cultural no seio da Instituição e com a elaboração de técnicas e estudos que possam fazer com que o Ministério Público possa priorizar a mais significativa e importante tutela jurídica do Estado Democrático de Direito: a tutela preventiva” (ALMEIDA; PARISE, 2005, p.614).

A tutela jurídica preventiva é a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito.

Ela decorre do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático (art. 1º da CF/88).

Por intermédio da tutela jurídica preventiva, com função inibitória, poderá ser atacado diretamente o ilícito, evitando-se a sua prática, continuidade ou repetição. Com isso, evita-se o dano, que é objeto da tutela jurídica repressiva: a ressarcitória.

Variados danos coletivos, tais como os que atingem o ambiente, a saúde do consumidor coletivo, a criança e o adolescente, o idoso, a saúde pública etc., não são reparáveis *in natura*. Em tais hipóteses, restaria somente uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica afequenada por não responder ao direito a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (1º, 3º e art. 5º, XXXV, da CF/88).

Portanto, se ao Ministério Público como Instituição incumbe a defesa do regime democrático, a ele cabe, prioritariamente, o dever constitucional de defesa preventiva da sociedade.

Entretanto, a atuação da Instituição no País é predominantemente repressiva, o que se daria em grande parte nos momentos patológicos da conflituosidade social. A prova disso é a atuação criminal, de cunho punitivo.

Nesse sentido, escreveu-se:

O que adianta punir criminalmente sem compreender, por intermédio de estudos e de dados estatísticos, as causas dessa criminalidade? São justamente essas causas que devem ser atacadas com prioridade. A exigência de políticas públicas específicas nesses casos é fundamental. (...) Na área coletiva, o Ministério Público deverá priorizar a atuação preventiva para evitar a violação dos direitos sociais, além de combater de modo articulado e eficiente as condutas danosas aos direitos massificados. (ALMEIDA; PARISE, 2005, p.615)

1.4 A função pedagógica da cidadania como um compromisso constitucional social do Ministério Público

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

Portanto, o ensino no País contribui para a exclusão de um grande contingente popular do processo democrático e não cumpre os objetivos e princípios informadores da educação, estabelecidos no art. 205 da CF, especialmente o *pleno desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania*³. Até que haja a reestruturação do ensino médio no Brasil, a imprensa e as instituições de defesa social, como o Ministério Público, têm um compromisso, imposto constitucionalmente, de contribuir para a divulgação dos direitos e deveres inerentes à cidadania, possibilitando que um

reconhecimento: o “*Valeu!*”, que corresponde ao primeiro grau da escala de gratidão de São Tomás de Aquino.

Se o(a) leitor(a) chegou até o final deste texto, devo-lhe um “*muito obrigado*”. Sinto-me na obrigação de lhe retribuir a atenção. Após essa leitura, há um vínculo maior entre nós. O *obligatus*, o dever de retribuir, torna o mundo mais humano, pois enriquece tanto aquele que doa como o que recebe.

Para finalizar, recomendo-lhes uma visita ao Museu da

Língua Portuguesa, na praça da Luz, nº. 01, Luz, São Paulo, de terça a domingo, no horário das 10h às 18h, com entrada permitida de visitantes até às 17h. Adultos pagam R\$ 4,00, enquanto estudantes da rede pública pagam meia, R\$ 2,00, e a entrada é gratuita para crianças até 10 anos e pessoas acima de 60 anos.

Para uma visita virtual ao museu, acesse o portal da língua usada por quase 200 milhões de usuários: www.estacaodaluz.org.br.

4.4 MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE

4.4.1 Ministério Público e o planejamento familiar

Rogéria Cristina Leme

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

O artigo 226 § 7º da Constituição Federal dispõe sobre o planejamento familiar e submete-o aos princípios da *dignidade da pessoa humana* e ao da *paternidade responsável*. Também determina que o casal decidirá livremente sobre se/e quantos filhos terão e em contrapartida a essa liberdade/responsabilidade, obriga o Estado a fornecer recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, disposição repetida na lei que disciplina a matéria, Lei 9.293/96. O princípio da paternidade responsável está associado umbilicalmente à idéia, também acolhida no texto constitucional, segundo a qual *a família é a base da nossa sociedade* (art. 226 *caput* da CF).

Tal princípio tem recebido quase nenhuma atenção no debate político e jurídico brasileiro. Ao contrário, o discurso produzido sobre o abandono de crianças (não nos esqueçamos daquela instituição tão brasileira chamada “criança de rua”) e acerca da adolescência em conflito com os valores sociais básicos, em regra, excluem qualquer responsabilidade por parte do ente familiar, apontando as causas do problema na ineficiência do Estado e nas desigualdades sociais.

Recentemente, no programa Roda Viva, da TV Cultura, o então Secretário de Justiça do Governo do Estado de São Paulo, o renomado autor e ex-Promotor de Justiça Alexandre de Moraes, hoje membro do Conselho Nacional do Ministério Público, foi sabatinado acerca da crise nas FEBEMs daquele Estado, as quais enfrentavam um conjunto de rebeliões. Naquela oportunidade, chamou-me à atenção o fato de que nem ao menos uma única consideração foi feita sobre o papel da família, ou da ausência dela. Circunscreveu-se o debate às responsabilidades do Estado em relação àqueles jovens, silenciando-se todos acerca da parcela de responsabilidade a ser atribuída às famílias geradoras daqueles e de outros trágicos destinos.

Semelhante silêncio observa-se quanto ao tema do planejamento familiar no Brasil.

É bem verdade que os índices de fecundidade têm diminuído, encontrando-se hoje no patamar médio de 2,3 filhos por casal. Mas também é verdade que esse número médio escamoteia uma realidade social perversa, a de que, quanto maior a pobreza e menor o nível de informação, maiores as taxas de fecundidade. Tal constatação é ainda mais alarmante quando se observam os índices de gravidez entre as adolescentes das camadas D e E, chegando aí a serem cinco vezes maior em

relação ao número de adolescentes grávidas dos setores sociais médios. Tal situação perpetua o ciclo da pobreza, sobretudo em se tratando das adolescentes, que, na grande maioria, afastam-se da escola e de eventuais projetos pessoais em virtude da maternidade precoce, diminuindo com isso suas chances de ascensão social e cultural.

Na realidade das Promotorias de Justiça, sobretudo das regiões mais pobres do Estado, vivencia-se cotidianamente a questão da falta de acesso à informação e aos métodos reversíveis de contracepção. Constata-se que se limitam os serviços públicos de saúde à distribuição, nem sempre regular, de pílulas anticoncepcionais e camisinhas, muitas vezes sem acompanhamento médico, isso sem falar na verdadeira *via crucis* que algumas mulheres, decididas pela laqueadura têm de enfrentar para fazê-lo. Lado outro, constata-se também a existência de um número expressivo de mulheres e homens, razoavelmente bem informados acerca dos métodos contraceptivos e que, podendo evitar a gravidez que não desejavam, não o fizeram por pura leviandade.

Grande parte das mulheres que buscam, nas Promotorias de Justiça, um pai para seus filhos, normalmente não trazem histórias de um relacionamento amoroso que acabou. Na verdade, muitas vezes, ele nem se iniciou. Tudo bem, se desse quase nada não se originasse uma vida. O reconhecimento coativo, em regra se refletirá numa paternidade vivida na sua dimensão apenas registral, quando muito alimentar. No mais, o que se vê é descompromisso moral e afetivo, com as consequências que todos conhecemos.

Finalizando, tenho que o Ministério Público deveria dar maior destaque à luta pela efetivação das políticas públicas que propiciem o exercício do direito ao planejamento familiar e isso no âmbito da saúde e da educação públicas, entendendo-o como direito coletivo suscetível de tutela judicial e administrativa. E em situações de lesão a interesses individuais de crianças e adolescentes, decorrentes da ação/omissão de seus pais, entendo que deveríamos utilizar mais eficazmente dos meios jurídicos, civis e criminais, bem como de orientação, via Conselhos Tutelares, para que sejam esses pais chamados a atuar. Eles que são o principal agente formador de seus filhos e que, em muitos casos, parecem querer retirar-se de cena, quando o assunto é responsabilidade.

4.3.2 A etimologia para um mundo melhor

Miguel Dias Filho

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Migueldiasmg@hotmail.com

Foi inaugurado, em março deste ano, o Museu da Língua Portuguesa, a Estação da Luz da Nossa Língua. Esse museu é a primeira instituição totalmente dedicada à língua de um país e está sediado em três andares do antigo prédio administrativo da Estação da Luz, na região central da cidade de São Paulo.

Por ser tão singular, são inúmeras as atrações como a Praça da Língua, que exibe espetáculo audiovisual com sons e imagens da literatura brasileira; a Grande Galeria, com painéis e uma tela de 120 metros com dados lingüísticos; e uma compilação de 100 textos representativos de nossa literatura, elaborada pelo crítico e professor de literatura Alfredo Bosi. Há também espaço para exposições temporárias, a primeira delas, organizada pela diretora de teatro Bia Lessa, sobre os 50 anos da obra “Grande Sertão: Veredas”, do mineiro João Guimarães Rosa.

O museu conta ainda com um espaço lúdico que está fazendo grande sucesso entre os visitantes: é o Beco das Palavras. Trata-se de um jogo de etimologia, com radicais, prefixos e sufixos que se misturam no ar criando um jogo curioso. O que fascina no jogo é a possibilidade que temos de juntar os pedaços até formar uma palavra. Tudo se processa no ar, sem que haja a necessidade de o participante tocar a mesa. Quando uma palavra é formada, a mesa vira uma tela de projeção futurista que mostra filmes e animações sobre a origem e o significado da palavra formada. Brincando, todos vão aprendendo. O Beco das Palavras é uma criação de Marcelo Tas com o suporte do etimologista Mário Viaro.

A etimologia é um estudo que fascina por acrescentar-nos informações históricas da origem e evolução de uma palavra. O termo etimologia é constituído de duas palavras gregas, que significam “estudo do sentido verdadeiro”. No entanto, nesse ramo da língua, nem todos os etimologistas apontam caminhos dignos de crença. A busca pelo histórico das palavras, muitas vezes, encontra etimologias completamente falsas. É o caso do termo inglês “*history*”, condenado por alguns porque nele haveria o pronome masculino “*his*”, o que demonstraria a história apenas pelo ponto de vista dos homens. A origem verdadeira de “*history*” é “*weid*”, de raiz indo-européia, que indica “a visão, que serve ao conhecimento”. Dessa raiz, originaram-se também, por diferentes transformações fonéticas: idéia, ídolo, história, idílio, evidente, invejar, ver, prever, visitar etc. O dicionário Houaiss define *falsa etimologia* como “a etimologia construída em bases falsas, sem fundamento lingüístico, que parte da semelhança formal superficial entre duas palavras para fazer ilações sem comprovação científica [P.ex., relacionar etimologicamente o português *fórró* à locução inglesa *for all*, 'para todos', referente a pretensos bailes (abertos a todos) dados pelos norte-americanos sediados no Nordeste brasileiro durante a Segunda Guerra Mundial; a palavra é, na realidade, um derivado regressivo do português *forrobodó*, 'baile popular', 'confusão', com abonação de 1899.]”.

Assim como encontramos falsas origens, também nos deparamos com etimologias que foram sendo esquecidas na evolução da língua, sem, no entanto, perder sua veracidade. Felizmente, a maioria dos termos da língua está fundamentada em estudos etimológicos verdadeiros, origens e evoluções que ainda estão bem vivas e evidentes.

Podemos fazer a seguinte reflexão: “Teria a etimologia uma aplicação prática em nossas vidas?”. Entendo que sim. O mundo pode se tornar melhor, mais humano, se tivermos consciência do que estamos dizendo, do que estamos desejando ao nosso interlocutor. Conhecendo a etimologia de alguns termos do nosso dia-a-dia, veremos que existe um significado mais profundo, além do sentido quase vazio das palavras ditas automaticamente.

Por exemplo: “*Agradecer com 'obrigado' é assumir um compromisso!*”.

Uma professora do ensino básico, leitora de minha coluna num jornal do interior, após assistir à apresentação de um coral, disse que “ficou com a pulga atrás da orelha” ao ouvir a maestrina agradecer em nome de todas as meninas cantoras com um “*muito obrigadas!*”. O adjetivo “*obrigado*” flexionado em feminino plural feriu seus ouvidos e, provavelmente, de outros espectadores atentos.

O que nos surpreende não é apenas o que está errado, mas também aquilo que não estamos acostumados a ouvir. A expressão de cortesia “*obrigado*” varia conforme o sexo do sujeito da oração, pois é um adjetivo. Concorda com a(s) pessoa(s) que agradece(m). Um homem diz “*muito obrigado*”; a mulher, “*muito obrigada*”. O agradecimento no plural é usado de forma muito rara, mas é correto responder à pergunta “*Como vão seus familiares?*” com “*Vamos bem, obrigados!*”. Assim também foi perfeita a concordância da maestrina que agradeceu em nome do coral exclusivamente feminino com um “*muito obrigadas!*”.

Vamos um pouco além, aprofundar na etimologia e no sentido filosófico da expressão “*obrigado*”. Há quem pergunte “*por que obrigado? tenho obrigação de quê?*”. Pegando uma carona no texto de Luiz Jean Lauand, professor da USP, para a revista Língua Portuguesa, editora Segmento, encontramos uma explicação de São Tomás de Aquino, em sua obra Suma Teológica. Tomás ensina, em seu Tratado da Gratidão, que a gratidão se compõe em diversos graus. *O primeiro consiste em reconhecer o benefício recebido, obter uma graça, aceitar um favor. O segundo consiste em louvar e em dar graças àquele que nos deu algo gratuito, em troca de nada. O terceiro grau é a retribuição, de acordo com suas possibilidades, segundo as circunstâncias mais oportunas de tempo e lugar.*

Assim, *cada língua expressa a gratidão em graus diferentes.* O inglês “*to thank*” e o alemão “*zu danken*” tomam a gratidão na primeira dimensão, ou seja, o reconhecimento da graça. A forma latina “*gracias*” presente no italiano e no espanhol pode ser considerada uma segunda dimensão, dar graças. “*Já a formulação portuguesa, tão encantadora e singular, é a única a situar-se, claramente, no nível 3, o mais profundo da gratidão: o do vínculo (ob-ligatus), o do dever de retribuir.*”, afirma Lauand.

O agradecimento está, intimamente, ligado a quem pensa, pondera, reconhece o benfeitor. E ao aceitar uma dívida impagável, o homem agradecido sente-se embaraçado, porque sabe que, por mais que faça, tudo será insuficiente. Assim, é preciso humildade para aceitar um favor imerecido, pois fica o dever de retribuir, acompanhado à consciência de que será impossível cumprir. Então, quem não quiser se comprometer, que use o inócuo “*Falou!*”; ou, ainda, uma forma mais superficial de

maior número de cidadãos participem efetivamente do processo de democratização da sociedade brasileiro e, com isso, não fiquem dispersos e sujeitos a manobras imorais e espúrias do poder político e econômico⁴.

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

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

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

2. A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO MECANISMO CONSTITUCIONAL DE FORTALECIMENTO DA LEGITIMAÇÃO SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A temática relativa à audiência pública, bem divulgada em sede de direito comparado⁵, é ampla e poderia merecer uma abordagem filosófica, política, histórica e social, o que fugiria dos objetivos deste breve texto. Contudo, são escassos os estudos no País sobre o assunto⁶. Neste pequeno texto, procurou-se apresentar uma análise bem objetiva, conforme divisão em tópicos a seguir.

Antes, contudo, convém destacar que o fato de os membros do Ministério Público não serem, nos termos do modelo constitucional brasileiro, escolhidos diretamente pelo povo, não impede que a Instituição tenha legitimação social. Primeiro, porque o acesso à Instituição se dá após um disputado concurso de provas e títulos, exigido constitucionalmente; depois, porque a verdadeira legitimação social do Ministério Público deverá advir da sua efetiva e eficiente atuação na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88). Por outro lado, o mecanismo da audiência pública é um forte canal de fortalecimento e de ampliação da legitimação social do Ministério Público, seja por permitir um diálogo mais direto com a sociedade, seja por permitir que a Instituição estabeleça seu programa de atuação funcional a partir das propostas e reclamações da própria sociedade.

2.1 Audiência Pública (conceituação) e natureza jurídica

O vocábulo *audiência* vem do latim *audientia*, *audire*, o que significaria a idéia de escuta, audição, atenção. Seria, para De

Plácido e Silva (1984, p.243): (...) *o ato de receber alguém a fim de escutar ou de atender sobre o que fala ou sobre o que alega.*

De Plácido e Silva (1984, p.244) também apresenta conceituação de *audiência pública*: (...) *audiência que é marcada por uma autoridade administrativa que se realiza sob o rito de certas solenidades, ou com certa pompa, para que nela se efetive ato de certa relevância.*

Em relação à *natureza jurídica*, observa-se que a *audiência pública* encontra-se fundamentada no *princípio constitucional do exercício direto da soberania popular*, estabelecido no art. 1º, parágrafo único, da CF/88. Prevê o referido dispositivo constitucional que *todo o poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição*. Constitui-se, assim, mecanismo de exercício direto da soberania popular, pois o cidadão, por si, ou por seus entes sociais representativos, é convidado a apresentar propostas, reivindicar direitos, exigir a observância de deveres constitucionais e infraconstitucionais, bem como a tomar ciência de fatos ou medidas adotadas ou a serem adotadas pelas autoridades públicas⁷.

Com efeito, a audiência pública é desmembramento *direto do princípio democrático*, estatuído no art. 1º, *caput*, da CF/88, que tem como um dos seus alicerces e fundamentos a *cidadania* (art. 1º, I, da CF/88)⁸.

Faz-se importante ressaltar que o *direito à democracia* é apontado por Paulo Bonavides, ao lado dos *direitos à informação e ao pluralismo*, como direito fundamental de *quarta dimensão (geração)*, configurando-se como forma de democracia direta que marca o futuro da cidadania e a própria *liberdade de todos os povos*⁹.

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

2.2 Audiência Pública pelo Ministério Público (fundamentação constitucional)

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

Não há um dispositivo expresso na Constituição que exija a realização de audiências públicas pelo Ministério Público¹⁰; contudo, há um conjunto de direitos, garantias e princípios constitucionais, expressos e implícitos, que impõem a ampliação e a facilitação do exercício direto da democracia pela participação popular, o que deve ser fomentado pelas instituições democráticas de defesa social, como é o caso do Ministério Público.

Nesse diapasão, comentou Denílson Feitoza Pacheco (texto enviado por e-mail): *A "audiência pública", cuja realização está no poder do Ministério Público (art. 27, parágrafo único, IV, da Lei 8.625/1993 - LONMP), é instrumento da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República - CR), razão pela qual se destina, publicamente, às pessoas (naturais ou jurídicas) e entes (família, coletividade de indígenas etc.) afetáveis ou afetadas pelo Estado. Com a nova redação do art. 37, caput, da CR, a "audiência pública" passou a ser também um instrumento de eficiência da administração pública (eficiência em sentido amplo, abrangendo a eficiência stricto sensu, a eficácia e a efetividade), uma vez que, por meio da oitiva das pessoas e entes da sociedade civil afetáveis ou afetadas pela administração pública, esta pode tornar-se mais eficiente em suas políticas, ações e medidas, adequando-as às necessidades sociais, políticas ou econômicas.*

Entretanto, o fato de uma audiência pública estar fundamentada no direito político de participação não significa que ela somente se dirige ao cidadão em seu sentido restrito. Os seus entes representativos, bem como outras pessoas jurídicas dela também podem participar¹¹. É o que esclarece Mazzilli (1999, p.330):

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

É o que também dispõe a Resolução PGJ nº 43/2006, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: *Art. 3º: A audiência é aberta a todos os interessados, pessoas físicas, pessoas jurídicas e demais entidades, que deverão assinar lista de presença, sendo que a participação dar-se-á na condição de expositor ou de colaborador; os quais poderão apresentar informações ou propostas orais ou por escrito quanto aos temas a serem abordados.*

2.3 Audiência Pública pelo Ministério Público (fundamentação infraconstitucional)

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

Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:... **Parágrafo único.** No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: IV promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou

especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no 'caput' deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

A Lei Complementar Federal n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, não tem previsão expressa sobre a realização de audiência pública pelo Ministério Público da União; porém, isso não impede que os Ministérios Públicos da União realizem, conforme muito bem ponderou o Procurador da República, Alexandre Amaral Gavronski (p.72-73):

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

2.4 Princípios, finalidades e objeto da Audiência Pública

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

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

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

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

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

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

Voltando ao ECA, e em se considerando o que foi dito até agora, onde se lê *sócio-educativos* (artigo 90, *caput*), leia-se *socioeducativos*. No inciso I do mesmo artigo, onde se lê *sócio-familiar* deveria ser grafado: *sociofamiliar*.

Mas não é só a questão do elemento de composição que se apresenta com incorreção no estatuto. Alguns compêndios, inclusive, chegam a alterar a grafia das palavras por conta própria.

É o que se pode observar do artigo 80, que surge invariavelmente modificado da publicação original do Diário Oficial da União. Isso porque ele nos oferece um contra-exemplo de concordância verbal em sua redação:

Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou por casas de jogos, assim entendidas as que **realize** apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público.

Consegue-se perceber nitidamente que a frase deveria ser: “[...] casas de jogos, assim entendidas as que **realizem** (no plural) apostas [...]”.

No artigo 92, tem-se um equívoco decorrente da falta de paralelismo: “As entidades que **desenvolvam** programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios [...]”. O verbo desenvolver utilizado na primeira oração está conjugado no presente do subjuntivo, modo próprio para designar ações hipotéticas, duvidosas, que exprimem mera possibilidade. Situação que não deve ser consoante com textos legais. Além do mais, a conjugação utilizada não combina com o verbo da segunda oração no futuro: **deverão** (que denota certeza). O mais apropriado então seria trocar *entidades que desenvolvam programas de abrigo* por *entidades que desenvolvem programas de abrigo*.

Seguindo o roteiro das impropriedades, nos artigos 175 e 208, lêem-se respectivamente as expressões *não liberação* e *não oferecimento*. Ocorre que o *não* juntou-se aos substantivos para formar uma só palavra e passou a funcionar como um prefixo de negação e não como um advérbio, de tal modo que ele deve vir acompanhado por hífen: *não-liberação* e *não-oferecimento*.

Já o art. 186 utiliza o adjetivo *mesmo* para substituir um nome, o que não é incomum em vários textos, com a seguinte redação: “Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos **mesmos**, podendo solicitar opinião de profissional qualificado”. Muito simples, em vez de *mesmos* já existe o pronome consagrado para seu uso: *eles*, que é o mais adequado para tal situação. O uso do adjetivo deve ficar restrito a situações em que tenha o significado de igual: “Filho adotivo tem os *mesmos* direitos dos havidos da relação conjugal” ou com o sentido de próprio: “Apesar da idade, ele *mesmo* sustenta a família”.

Por fim, o ECA traz um deslize no art. 196: “Não sendo apresentada a defesa no prazo legal, a autoridade judiciária dará vista dos autos do Ministério Público, por cinco dias, decidindo em igual prazo”. A relação não é de posse. Os autos não devem pertencer ao Ministério Público, mas sim endereçados a ele: “a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público”. Uma simples preposição pode acarretar modificação substancial no sentido.

Notas e referências bibliográficas:

¹ Costuma-se chamar o referido estatuto de ECA, sigla que, se entendida como interjeição, causa bastante estranheza a quem não é do meio jurídico.

² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*: atualizado até 22.02.2001. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

³ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito municipal brasileiro*, 12 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Há mais algumas outras impropriedades no estatuto, mas, em função do curto espaço, passemos a comentar sobre o artigo 17 da Lei de Ação Civil Pública.

Esta é a redação do referido artigo: “Em caso de litigância de má-fé, a danos”. Não adianta nem procurar pelo resto do conteúdo. É só isso que se lê. O efeito lacônico é resultado da publicação no Diário Oficial da União e reproduzido por todos os compêndios. A Nelson Nery Junior (2001, p. 1560) não passou despercebida a lacuna:

Redação deficiente publicada no DOU. O DOU, Suplemento, de 12.09.1990, p. 8, publicou o texto deste artigo da seguinte forma: “Art. 17 Em caso de litigância de má-fé, a danos”. Houve evidente erro de redação na publicação do texto, [...] Como o CDC 87 par.ún. tem redação idêntica à da norma ora analisada e tendo em vista que a LACP 21 manda aplicar às ações nela fundadas as disposições processuais do CDC, repetimos como texto da LACP 17 o CDC 87 par.ún. que representa a redação correta que foi efetivamente apresentada e aprovada pelo Congresso Nacional².

Supõe-se que ficaria assim o artigo 17 da LACP: “Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”. Mas é uma suposição e suposições podem significar prejuízo ao princípio da legalidade.

Tudo bem que, principalmente nesse caso, deve-se fazer uma interpretação extensiva, considerando o sistema jurídico como um todo, mas a falta de cuidado na publicação é patente e provoca um ruído extremamente desagradável. O pressuposto ou o subentendido deve ficar, como interessante recurso estilístico, para articulistas que subjazem sua opinião em determinadas conjunturas sociopolíticas.

Já o texto legal deve ter o seu contexto explicitado para o leitor, para que haja um entendimento o mais amplo possível e, dessa forma, alcance um diversificado corpo social. É evidente que a LACP não tinha o intuito de tornar-se hermética, obscura; no entanto o artigo 17 não cumpriu seu papel de esclarecer e tornou-se uma figura acéfala, ininteligível.

Fica, nesse contexto, a lição de Hely Lopes Meirelles (2001, p.636) sobre a confecção de leis:

O fazer leis exige, ao mesmo tempo, técnica e arte, para dar ao texto legal o rigor científico e o estilo escorreito da língua em que é escrito. Nas leis modernas entram não só os elementos políticos e jurídicos, como também o técnico, o filológico e a perfeição gramatical. Daí por que as corporações legislativas devem sempre ter assessorias técnicas, para o aprimoramento dos projetos, na substância e na forma³.

Não resta dúvida de que o conselho do mestre do Direito Administrativo vai direto ao ponto, sendo pragmático e simples. O poder legiferante deve ter um bom quadro de especialistas e a capacidade de conciliar o aspecto jurídico-político às técnicas de redação legislativa que priorizem a linguagem clara, direta e precisa. Afinal, o destinatário da norma deve ser, em sentido ampliado, o povo em toda a sua vicissitude cultural.

O encarceramento provisório poderá ser determinado em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, desde que presentes os requisitos e ao menos um dos fundamentos previstos no art. 312 do CPP.

Outra importante novidade vem prevista no art. 41, da lei em comento, que afasta a aplicação das regras previstas na Lei nº 9.009/95 para os crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, independente da pena cominada abstratamente. Com efeito, caso presente alguma das hipóteses do art. 302 do CPP, o agressor poderá ser preso em flagrante delito.

Já no âmbito material, o art. 16 estabelece que nas ações penais públicas condicionadas só será admitida a retratação da representação anteriormente oferecida pela vítima perante o Juiz de Direito, em audiência especialmente designada para tal finalidade, após a oitiva do Ministério Público. A intenção do legislador foi combater a máxima de que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Todavia, talvez melhor opção teria sido que tais crimes passassem a ser de ação penal pública incondicionada, evitando-se, assim, que a vítima fosse pressionada pelo agressor a retratar-se da representação oferecida.

Além disso, nesses casos, agora passa a ser expressamente vedada a aplicação isolada de quaisquer penas pecuniárias, seja como pena principal ou substitutiva, nos termos do art. 17. Esta alteração visa combater a banalização das famigeradas cestas básicas, corriqueiramente aplicadas em sede de transação penal nos casos de violência doméstica, que geravam uma sensação de impunidade e serviam como desestímulo para a vítima denunciar

o agressor.

Por fim, a última alteração relevante no aspecto penal, refere-se ao aumento da pena referente a nova forma qualificada do delito de lesões corporais, que passará a ser punido com detenção de 03 (três) meses a 03 (três) anos, quando cometido contra descendente, ascendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou ainda prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade.

A partir desta superficial análise, pode-se verificar que o legislador apresentou importantes inovações no âmbito penal e processual penal, que certamente contribuirão para o combate às infrações penais desta natureza. Contudo, faz-se necessário não olvidar que relevantes institutos “despenalizadores” continuarão a ser aplicados aos envolvidos nos delitos de violência contra as mulheres, tais como a suspensão condicional do processo, as penas substitutivas (exceto a pecuniária), a fiança e a liberdade provisória.

Outrossim, considerando que as estatísticas comprovam que a cada quinze segundos uma mulher é agredida no Brasil, vale a pena frisar que o combate a esse tipo de violência não deve ser direcionado apenas para o âmbito penal, mas, pelo contrário, deve-se buscar soluções a partir de uma abordagem multidisciplinar do problema. Essa, sem dúvida, foi uma das preocupações do legislador ao prever inúmeras medidas cautelares e estabelecer uma série de políticas públicas a serem desenvolvidas concorrentemente pelos entes federados e sociedade civil. Agora, resta aguardar sua aplicação prática.

4.3 LÍNGUA E LINGUAGEM

4.3.1 Impropriedades gramaticais do Estatuto da Criança e do Adolescente e a célebre lacuna do art. 17 da LACP

Cláudio Márcio Bernardes

Bacharel em Letras. Pós-graduado em Linguística.
Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Público
claudiombernard@uol.com.br

Apresentar algumas impropriedades de enunciados legais não constitui, como objetivo principal desta coluna, a correção pela correção, mas sim uma tentativa de evitar a sua proliferação em peças jurídicas ou em outros meios de divulgação. O alvo dos comentários desta vez são o Estatuto da Criança e do Adolescente¹, Lei nº 8.069/90, e o artigo 17 da Lei de Ação Civil Pública, nº 7.347/85.

O ECA apresenta, em mais de uma ocorrência, palavras que aparecem com a partícula *socio*, referente a social ou ligado à sociedade. É o que se vê, por exemplo, no título principal: *Das medidas sócio-educativas*. O problema é que o adjetivo, como elemento de composição com tal sentido, **nunca** deverá aparecer com acento, nem separado por hífen. O correto, do ponto de vista da língua formal, seria então: *Das medidas socioeducativas* (junto, sem hífen e sem acento). Parece que a confusão é feita pela influência da palavra *sócio*, que é substantivo e quer dizer, segundo o Aurélio, *aquele que se associa com outro numa empresa, da qual espera auferir lucros*. Convenhamos que, definitivamente, os sentidos não são os mesmos.

Ultimamente, a mídia nacional tem veiculado uma campanha publicitária de um banco privado brasileiro em que se

utiliza a expressão *responsabilidade socioambiental*, desse jeito, sem hífen, sem acento. Estão corretíssimos tanto a expressão quanto o objetivo ecológico do banco. Fim igualmente nobre o do julgado do Ministro Sálvio de Figueiredo, quando trata os desiguais na medida de suas desigualdades. Mas no que diz respeito à grafia do vocábulo em questão... Observemos:

Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível **socioeconômico** dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o Juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (RESP nº 135.202-0 - SP, J. 19/05/98, 4ª Turma do STJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo)

Como já se afirmou no início deste artigo, o elemento de composição *socio*, com sentido de social, **jamais** deverá ser escrito com acento e separado por hífen daquela com que forma palavra composta. Assim, em vez da maneira como foi redigido no RESP acima, o correto seria: [...] *ao nível socioeconômico dos autores*.

6) Princípio da não-taxatividade em abstrato ou da não-limitação em abstrato do objeto da audiência pública. O rol dos direitos e garantias constitucionais é meramente exemplificativo (art. 5º, § 2º, da CF). Em relação ao Ministério Público, especialmente, incidem os princípios da não-limitação ou da não-taxatividade da defesa dos direitos ou interesses individuais indisponíveis e dos direitos ou interesses difusos e coletivos (arts. 127, *caput*, e art. 129, III, ambos da CF/88). Com base nisso e em outras diretrizes constitucionais, não é permitida a limitação em abstrato do objeto da audiência pública, a qual poderá ser designada para discutir questões relativas tanto a direitos individuais, quanto a direitos coletivos. Essa orientação não impede a designação de audiência extraordinária para discutir fatos ou temas determinados, tais como um dano ambiental, o funcionamento de um certo hospital etc.

7) Princípio do prévio agendamento e da escolha adequada do dia, local e horário que facilite o acesso ao público diretamente interessado. A audiência pública deverá ser designada com uma relativa antecedência da data de sua realização. Com isso, facilita-se que os interessados agendem seus compromissos e compareçam no evento público. A escolha do dia, local e horário tem que ser criteriosa para permitir e facilitar o acesso do público diretamente interessado, em maior número possível¹².

8) Princípio da oralidade e da informalidade. A audiência pública, não obstante seja ato complexo com relativa dose de solenidade decorrente da presença de uma ou mais autoridades que a presidem, é regida pelo princípio da oralidade e da informalidade, o que se impõe como forma de facilitar a ampla participação e o debate do público interessado, o que não significa que não deve ter o registro formal dos atos da audiência¹³. A gravação da audiência, com a subsequente transcrição da fita, é medida que se impõe.

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

Geisa de Assis Rodrigues (2002, p.95) aponta as funções da audiência pública, conforme doutrina de Agustín Gordillo: “(...) a audiência pública tem as seguintes funções: a) permite ao administrado verificar objetivamente a razoabilidade da medida administrativa; b) é um mecanismo idôneo de formação de consenso da opinião pública a respeito da juridicidade e conveniência de uma atuação do Estado; c) garante a transparência dos procedimentos decisórios do Estado; d) é um elemento de democratização do exercício do poder; e) é um modo de participação cidadã na gestão da coisa pública, concretizando os princípios políticos e constitucionais de democracia participativa; f) tem uma importante função preventiva, pois pode evitar os prejuízos causados por uma intervenção administrativa inadequada”.

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

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

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

provocação de interessado ou interessados.

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

Por interpretação analógica ao disposto no §5º, do artigo 5º, da Lei 7.347/85 (LACP), é possível, e até recomendável, a realização de audiências públicas conjuntas entre ministérios públicos diversos: entre os da União e os dos estados-membros ou entre estes.

Precisamente no âmbito da tutela coletiva pelo Ministério Público Federal, aduziu Gavronski (p.72):

Como já referido, a tutela coletiva põe o membro do Ministério Público Federal frente a questões de grande interesse social, estranhas ao Direito e relacionadas a uma conflituosidade que, não raro, importa em difíceis opções, diante da necessária ponderação entre valores contrapostos e de grande significação para a sociedade. Para atuar nessas questões, a audiência pública é um excelente instrumento a nosso dispor se o objetivo for buscar informações gerais junto à comunidade envolvida sobre a violação a direitos coletivos que se apura (espécie de danos que vem causando, sua amplitude e decorrências), identificar a aspiração e as necessidades coletivas em dada questão, repartir com a comunidade interessada a responsabilidade quanto às decisões que se impõem ao membro do Ministério Público Federal (ajuizar ou não uma ação, firmar compromisso de ajustamento de conduta nos termos aceitos pelo infrator ou optar pela discussão judicial, por exemplo) ou mesmo buscar o entendimento entre contendores cuja controvérsia vem afetando a comunidade. Para esta última finalidade, todavia, às vezes uma reunião reservada é mais proveitosa, dependendo do número de pessoas que influenciam na decisão e do grau de belicosidade existente entre os cidadãos afetados e os responsáveis pela violação dos direitos coletivos.

Mazzilli (1999, p. 326-7), ao escrever sobre o objeto da audiência pública a ser realizada pelo Ministério Público, conclui:

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

2.5 A elaboração dos Programas de Atuação Funcional do Ministério Público e a função pedagógica da cidadania como finalidades nucleares das Audiências Públicas realizadas pelo Ministério Público

Inúmeras são as finalidades da audiência pública pelo Ministério Público¹⁴. Todavia, duas delas merecem especial destaque. A primeira é a elaboração dos Programas de Atuação Funcional.

Com base nas propostas e reclamações colhidas em audiências públicas, o Ministério Público irá elaborar os seus Programas de Atuação Funcional (geral, regional e local), de forma a atuar em sintonia com as reais necessidades sociais. A segunda é a função pedagógica da cidadania a ser exercida pelo Ministério Público perante os cidadãos e seus entes representativos. Por intermédio da audiência pública, os órgãos do Ministério Público podem dialogar com a sociedade, divulgando seus direitos e deveres, especialmente os constitucionais fundamentais, de forma a permitir a sua compreensão e ampliar o seu exercício pelo cidadão comum que não teve oportunidade de passar por uma instrução que siga os princípios informadores constantes do art. 205 da CF/88.

2.6 O mecanismo da Audiência Pública no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Resolução PGJ nº 43/2006)

O mecanismo da audiência pública encontra-se atualmente disciplinado no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais pela Resolução PGJ nº 4/2006. Além das audiências extraordinárias, a referida resolução prevê a realização de *audiências públicas ordinárias* pelo menos uma vez por ano, em uma das regiões administrativas (art. 2º): Capital; Região Central; Região da Mata; Região Sul de Minas; Regiões Triângulo e Alto Paranaíba; Região Centro-Oeste de Minas; Região Noroeste e Norte de Minas; Região Jequitinhonha/Mucuri; Região Rio Doce.

Consta do art. 1º da Resolução PGJ nº 43/2006:

Fica instituído, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o sistema de realização de audiências públicas ordinárias e extraordinárias junto à sociedade civil, como forma de captar informações, fomentar o debate e colher elementos a serem utilizados na elaboração do Plano Geral de Atuação do ano seguinte correspondente, além de outras providências cabíveis. § 1º As audiências públicas ordinárias, de que trata a presente Resolução, serão realizadas com a participação da comunidade em geral, por seus segmentos organizados, tendo como objetivo discutir, ouvir e colher sugestões, demandas e informações de forma democrática e direta, possibilitando, dentro do planejamento estratégico, definir ações institucionais prioritárias do Ministério Público do Estado de Minas Gerais de alcance local, regional e estadual. § 2º A realização de audiências

públicas extraordinárias poderá ser regulada por ato normativo próprio visando atender situações de emergência ou a análise de questões específicas, mantendo-se as diretrizes gerais desta Resolução.

2.7 Do dever constitucional de realização de audiência pública por outras instituições de defesa social (Poder Judiciário, Defensoria Pública etc.)

A audiência pública, conforme afirmado acima, é mecanismo constitucional fundamental de exercício direto da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). Constitui-se em desmembramento do princípio democrático. Assim, todas as instituições de defesa social, com destaque ao Ministério Público, Poder Judiciário e Defensoria Pública, têm o dever de realizá-la com a periodicidade necessária. Esse mecanismo amplia a legitimação social dessas instituições, ao mesmo tempo em que é forte instrumento de exercício da função pedagógica da cidadania como compromisso constitucional do Estado, amplamente considerado, e da própria sociedade (art. 3º, I, 6º, 205, todos da CF).

Contudo, o Poder Judiciário e a Defensoria Pública ainda não implantaram a cultura da realização das audiências públicas, sendo certo que mesmo o Ministério Público até os dias atuais não desenvolveu o seu exercício com a periodicidade e amplitude necessárias.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A audiência pública é um *mecanismo constitucional fundamental* para o processo democrático, por intermédio do qual há o perfeito exercício direto da soberania popular e a ampliação da legitimação social das Instituições Públicas de defesa social (art. 1º, parágrafo único, da CF).

2. A realização de audiência pública é dever constitucional implícito, imposto a todas as instituições públicas de defesa social, como Ministério Público, o Poder Judiciário e a Defensoria Pública.

3. A realização periódica de audiências públicas pelo Ministério Público faz-se como condição necessária, confiada pelo seu compromisso constitucional com o regime democrático (art. 127, *caput*, da CF/88), para que a Instituição amplie e fortaleça a sua legitimação social.

Notas:

¹ Para Mazzilli (2002, p.37): “Nas décadas de 1970 e 1980, principiou o crescimento institucional: a) A EC n. 77/77 passou a exigir uma lei complementar que estabelecesse normas gerais de organização do Ministério Público estadual; b) a Lei Complementar federal n. 40/81 definiu um estatuto básico e uniforme para o Ministério Público, com suas principais atribuições, garantias e vedações; c) a Lei n. 6.938/81, em seu art. 14, § 1º, cometeu ao Ministério Público a ação reparatória de danos ao meio ambiente e a terceiros; d) a Lei n. 7.47, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Pública) conferiu-lhe a presidência do inquérito civil e a promoção da ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos; e) a Constituição de 1988 deu ao Ministério Público brasileiro seu desenvolvimento maior”.

² Mais uma vez, esclarece Goulart (1988, p. 98): “Do ângulo político, só poderemos entender o promotor de justiça como trabalhador social, vinculado à defesa da qualidade de vida das parcelas marginalizadas da sociedade, a partir do momento em que rompa as barreiras que historicamente o isolaram dos movimentos sociais, passando a articular sua ação com esses movimentos. Deve assumir o seu compromisso político, não apenas nos aspectos da retórica e das elaborações doutrinárias, mas, sobretudo, na atuação prática, como intelectual orgânico”.

³ Estabelece o art. 205 da CF: *A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.* Ao comentar o dispositivo, escreveu SILVA, José Afonso da: (...) *O art. 205 prevê três objetivos básicos da educação: (a) pleno desenvolvimento da pessoa; (b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; (c) qualificação da pessoa para o trabalho. Integram-se, nestes objetivos, valores antropológico-culturais, políticos e profissionais. Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 784-5.

⁴ Ao sustentar a necessidade de um pensamento complexo, escreveu Morin (2000, p. 207-8): “O conhecimento deve certamente utilizar a abstração, mas procurando construir por referência do contexto. A compreensão dos dados particulares necessita da ativação da inteligência geral e a mobilização dos conhecimentos de conjunto. Marcel Mauss dizia: ‘É preciso recompor o todo’. Acrescentemos: é preciso mobilizar o todo. Certamente, é impossível conhecer tudo do mundo, bem como apreender suas transformações multifórmicas. Mas, por mais aleatório que seja, o conhecimento dos problemas-chave do mundo deve ser perseguido, sob pena da imbecilidade cognitiva. Tanto mais que hoje o contexto de todo conhecimento político, econômico, antropológico, ecológico constitui o próprio mundo. É o problema universal para todo cidadão: como adquirir a possibilidade de articular e organizar as informações sobre o mundo. Mas para articulá-las e organizá-las é preciso uma reforma do pensamento. O pensamento complexo, um pensamento que pensa”.

completo, conforme os termos do novo “código de defesa da sociedade”, para usar a paradoxal fórmula do famigerado *Patriotic Act*. Esse estatuto, como se sabe, foi aprovado às pressas, nos dias imediatamente seguintes aos ataques do 11 de setembro, havendo relatos de que a quase-totalidade dos parlamentares sequer pôde ler, previamente à votação, os termos em que havia sido redigido esse documento normativo pela Administração Bush. É a “legislação do pânico”, empurrada para a sociedade como a solução para seus piores pesadelos.

Como decorrência, advogados foram considerados suspeitos e detidos apenas por defenderem certos presos considerados perigosos, pessoas se tornaram alvo de investigações por parte dos órgãos federais, sendo, inclusive, detidas, sem que soubessem dos motivos determinantes dessas medidas e sem que houvesse qualquer prazo para serem acusadas formalmente ou liberadas. De maneira genérica e irrestrita, direitos duramente conquistados foram esvaziados pela Administração Bush. Isso é muito grave para um Estado Constitucional de Direito. Representa uma arbitrariedade que se imaginava ter sido superada há muito tempo; é uma aberração que não pode ser admitida no atual estágio evolutivo da humanidade. Império, pois, que, apesar da gravidade dos fatos ocorridos em São Paulo, não se caminha nessa mesma direção.

Haverá sempre quem proponha copiar modelos criados externamente, esquecendo-se de que essas alternativas foram imaginadas em outras circunstâncias e, o que é pior, olvidando suas imperfeições. É necessário combater energicamente o crime organizado, mas impõe-se fazê-lo pelos mecanismos oferecidos pela Constituição e pelo Direito, sem solução de continuidade

4.2.2 Violência Doméstica: considerações preliminares sobre os aspectos penais e processuais penais

Marcelo Azevedo Maffra

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

A partir de setembro de 2006 começou a vigorar em todo território nacional a Lei nº 11.340/06, denominada como Lei “Maria da Penha”, que cria diversos mecanismos para tentar coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O mencionado diploma normativo veio para consubstanciar o princípio da igualdade, em seu aspecto material, pois tem por escopo combater a covardia corriqueira a que se submete parcela considerável das mulheres, não apenas esposas e companheiras, mas também filhas, enteadas, mães, irmãs, sobrinhas e tantas outras, ainda que simplesmente agregadas, que são normalmente violentadas entre as quatro paredes dos lares, sem ter como esposar qualquer tipo de reação contra o agressor e, muito menos, sem ter a quem recorrer para remediar uma situação tão melindrosa.

Neste diapasão, a nova lei considera como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão, baseada em gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, ou psicológico e dano moral ou patrimonial, seja no âmbito da unidade doméstica, com ou sem vínculo familiar, abrangendo inclusive as pessoas esporadicamente agregadas, seja no âmbito familiar, abrangendo o parentesco por consanguinidade e afinidade, seja dentro de qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação entre autor e vítima.

Várias são as formas de violência disciplinadas no art. 7º do diploma legal em análise: violência física, que compreende a integridade ou saúde corporal; psicológica, decorrente de qualquer conduta capaz de comprometer a autodeterminação e a saúde psicológica da mulher; sexual, ligada à liberdade e às

destes. Uma proposta como o fim do sigilo da conversa entre advogado e cliente pode representar o primeiro passo em direção ao indesejável. É interessante notar que, mesmo nos EUA, o grande responsável por restabelecer certos patamares mínimos das garantias, solapadas abruptamente, é o Judiciário, justamente o juiz apontado, pela pesquisa no Brasil, como responsável pelos ataques. Leia-se, contudo, que é ele responsável pela implementação e defesa do Estado de Direito, em benefício de qualquer cidadão. Se as leis não são boas ou se os recursos humanos e físicos do Estado-juiz são insuficientes, é problema de natureza diversa, atribuível ao Estado-administrador e ao Estado-legislador.

Assim, propostas que pretendam uma restrição absoluta de certos direitos, em nome de um amplo e desconhecido “interesse público maior”, ou em face de um “inimigo da sociedade” são soluções impróprias e desproporcionais, e é justamente o Judiciário o último bastião dos direitos contra essas intervenções desmedidas. Ademais, significam propostas de baixo compromisso constitucional e democrático, inaceitáveis para a sociedade brasileira e para a noção de cidadania que se quer construir aqui. Infelizmente, é prática corriqueira pretender colocar alguns interesses momentâneos (por vezes de cunho moralista, por vezes de cunho apologetico ou político) acima da Constituição e do Direito, desprestigiando-os, como se neles estivesse a origem das grandes mazelas nacionais. Ocorre que, no momento em que se pretender invocar o Direito, posteriormente, seu desprestígio anterior representará sua derrocada futura, e os direitos pelos quais tanto se lutou ficarão reduzidos a uma “mera folha de papel”.

questões atinentes à reprodução; patrimonial, relativa à subtração, retenção e destruição de quaisquer bens; e, por fim, a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Na seara penal, a Lei nº 11.340/06 possui natureza híbrida, uma vez que traz alterações tanto no aspecto do direito material quanto processual. Aqui vale o princípio da anterioridade para a norma penal (art. 1º, do CP), pois, como as inovações de direito material são todas mais gravosas para o réu, só poderão produzir efeitos para os delitos cometidos após o início de sua vigência. Já em relação às normas processuais, estas deverão ser aplicadas a partir do dia 22 de setembro de 2006, inclusive aos processos cujo trâmite iniciou-se antes desta data, independente do dia do fato delituoso, consoante o disposto no art. 2º do CPP (*tempus regit actum*).

Em relação às regras processuais, a nova lei atribui aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher competência para apreciar todas as causas desta natureza. Como regra transitória, estabelece que as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar tais fatos.

No que tange à prisão preventiva, a nova lei incluiu uma nova hipótese no rol previsto no art. 313 do CPP, que, cominado com o art. 20 do diploma legal em estudo, permite que o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, decrete a custódia cautelar dos agentes envolvidos nos crimes ligados à violência doméstica e familiar contra a mulher.

intervém), o Governo (Presidente do Conselho de Ministros ou Presidente da Junta Regional, conforme o caso) e o Legislativo (os Presidentes das duas Câmaras do Estado ou o Presidente do Conselho Regional). Apreciada a questão pelo Tribunal, a decisão vinculará o órgão *a quo* e o processo principal seguirá o seu curso normal.

O Tribunal, observado o *quorum* mínimo de onze juízes, delibera pela maioria absoluta dos votantes, não se admitindo a divulgação dos votos dissidentes. Decidindo ser fundada a questão de constitucionalidade suscitada em via principal ou incidente, o Tribunal declara, com efeitos *erga omnes* (Di Celso e Salerno, *Manual...*, p. 493), a ilegitimidade constitucional da norma (art. 18 da Lei no 87/1953), cuja eficácia cessa no dia imediato à publicação da sentença (art. 136 da Constituição). Esse último preceito, indicativo de que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex nunc* (*per l'avvenire*), não

tem sido interpretado em sua literalidade. No plano do controle incidental, vale observar que a norma deixará de ser aplicada no processo que já estava em curso, demonstrando que a decisão produz efeitos *ex tunc* (*per il passato*), interpretação harmônica com a *ratio* do art. 30, 3, da Lei no 87/1953, que dispõe sobre a impossibilidade de aplicação da norma “no dia sucessivo à publicação da decisão”, o que, à evidência, alcança a relação processual até então suspensa (Vergottini, *Diritto...*, p. 635). Proferida a decisão, salvo os limites indicados pelo Tribunal, os efeitos operam *ex tunc*, sendo raras as situações (v.g.: Sentença no 501/1998) em que o Tribunal procura delimitar no tempo a produção de efeitos (*illegittimità costituzionale sopravvenuta* Di Celso e Salerno, *Manual...*, p. 495). É plenamente factível que a inconstitucionalidade de uma norma possa acarretar a correlata declaração de inconstitucionalidade de outra norma com ela estritamente relacionada (*illegittimità consequenziale*) ou mesmo a reapristinação de norma revogada (*riviviscenza*).

4.2 SOCIEDADE EM DEBATE

4.2.1 O “juiz Hércules” e a “legislação do pânico”

André Ramos Tavares

Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP; Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP; Professor Visitante na Cardozo School of Law New York; Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (www.ibec.inf.br); Conselheiro do Conselho Jurídico da Federação do Comércio de SP; parecerista.

O tema da segurança pública sempre foi delicado no Brasil. Para iniciar, repito um lugar-comum: a causa de tudo aquilo que se assistiu há pouco, no Brasil e, em especial, em São Paulo, é, em boa medida, um problema de fundo social. O produto final de governos amplamente omissos, corruptos e desqualificados, feitas algumas raras ressalvas, foi assustador, mas previsível. Uma das maiores cidades do mundo, responsável pela maior parcela no PIB do Brasil, não foi capaz de manter, por três dias consecutivos, um mínimo de ordem e segurança públicas. Após tiroteios constantes, incêndios e quase 100 mortes, o toque de recolher, determinado pelos criminosos para ter início às 20h, fez com que o comércio, universidades e escolas paulistanas fechassem suas portas e um dos maiores congestionamentos de que se tem notícia se formasse por volta das 16h, para culminar numa verdadeira cidade fantasma de 10 milhões de habitantes. Revelou-se, no triste episódio, o despreparo dos órgãos oficiais para lidar com situações extremas, a fragilidade real dos esquemas de segurança pública e o poderio material, humano e estratégico do crime organizado, especialmente do denominado PCC.

Muitas associações foram feitas e inúmeros responsáveis foram apontados, pela mídia e pela população. De um lado, desde a máfia italiana até os “homens-bomba” do terrorismo de Bin Laden, de outro, desde o Governo federal até a magistratura estadual, variadas e desconhecidas foram as opiniões colhidas, o que, em parte, reflete, ainda, o estado de estranhamento no qual está imersa a sociedade. Em pesquisa realizada na terça-feira seguinte aos ataques criminosos, dos 553 entrevistados, 55% declararam que o Poder Judiciário tem muita responsabilidade pelos ataques perpetrados pelo PCC. A distorção que o resultado da pesquisa apresenta parece falar por si própria. Juízes estão circunscritos às leis e à Constituição do país. Uma situação hipotética pode iluminar a questão. Imagine-se que a Lei do

Desarmamento, um dos grandes projetos nacionais do Governo Federal, tivesse sido aprovada. O juiz que condenasse, em virtude dessa Lei, alguém flagrado comprando uma arma seria também responsável no caso desse cidadão falhar, dias depois, na defesa de sua família contra a invasão de sua casa por bandidos armados, por não ter uma arma? Seria uma distorção perceptiva atribuir a responsabilidade ao magistrado. Embora não se possa negar certo grau de manejo judicial das normas, essa liberdade jamais poderia chegar ao ponto de aceitar que juízes sejam guiados por valores morais em seus julgamentos. Se a lei proíbe algo, o juiz não deve permitir. Do contrário, teríamos a figura inusitada do “juiz Hércules”, que corrigiria distorções da lei, adaptando-a à concepção moral vigente e aos supostos anseios da sociedade, ignorando os limites da lei posta. O subjetivismo insito à proposta torna-a indesejável e arbitrária. O magistrado submete-se, como todos cidadãos, às leis e à orientação política do país.

De outra parte, os acontecimentos do mês de maio oferecem, sim, certa proximidade com os atos terroristas praticados nos EUA, mas não se pode pretender uma equiparação em seu tratamento. A semelhança é perceptível apenas quanto à desestabilização de um Governo que fica desacreditado a implantação do pânico na sociedade e o estado de alerta constante ao qual é lançada a população civil. Os EUA, berço das liberdades públicas, passou a adotar severas medidas restritivas de direitos constitucionais, sob o argumento de combate ao terrorismo. O caminho escolhido por aquele país representa o maior retrocesso jamais visto na evolução dos direitos. Considera-se em guerra (sem declaração formal de uma) e, em função disso, passou a admitir que residentes cidadãos e não-cidadãos pudessem ser tratados como “enemy combatants”, e se tornassem, quando capturados, uma espécie de prisioneiros de guerra, para os quais o devido processo legal, a comunicação com advogados ou familiares e outros direitos básicos foram extirpados por

⁵ Diz Mazzilli (1999, p. 325): “Essas audiências públicas já vinham sendo usadas em outros países basicamente como um mecanismo pelo qual o cidadão participa da tomada de decisões de gestão da coisa pública; por meio delas, busca-se envolver os destinatários de uma decisão governamental no próprio processo decisório. Isso permite não só que o governante reúna maiores informações para agir, como ainda confere maior publicidade e legitimidade à solução alcançada (...)”.

⁶ Nesse sentido, escreveu Gavronski, Alexandre Amaral: “É rara a bibliografia sobre o tema, tendo-se subsidiado o autor dos tópicos que Hugo Mazzilli e Geisa Rodrigues dedicam à audiência pública em suas obras *O Inquérito Civil*, Saraiva, 2ª ed., 2000, cap. 33, pp. 399-410 e *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*, Forense, 2002, pp. 94-96. Diante da falta de doutrina nacional, ambos buscaram na Argentina subsídios, tendo em vista haver naquele País mais detalhado regramento sobre o tema. Mazzilli pautou-se no “Regime legal de audiência pública na Constituição da cidade de Buenos Aires, citando trabalho de Daniel Alberto Sabsay e Pedro Tarak; Geisa Rodrigues pautou-se na doutrina de Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. La Defensa Del Usuário e de administrado*. Mazzilli também valeu-se dos comentários à LONMP de Pedro Decoimain”. *Manual de atuação em tutela coletiva para o Ministério Público Federal*, p. 72, nota. 82.

⁷ Sobre o exercício do poder diretamente pelo povo, aduz SILVA, José Afonso: “O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo. As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos ‘democracia semidireta’, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta, tais como: a iniciativa popular, pela qual se admite que o povo apresente projetos de lei ao Legislativo; o referendo popular, que se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo Legislativo devem ser subjetivos à vontade popular; o plebiscito é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere porque este ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida (...)”. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 40-1.

⁸ *A audiência pública é um importante instrumento do Estado democrático de Direito construído a partir da extensão do princípio da audiência individual* (RODRIGUES, 2002, p.94)

⁹ *A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema (...)*. (BONAVIDES, 2001, p. 525-6).

¹⁰ O art. 58, § 2º, da CF/88, prevê a realização de audiências públicas pelas comissões do Congresso Nacional.

¹¹ Nesse sentido, sustentou com muita propriedade PACHECO, Denílson Feitoza (texto enviado por e-mail): “Quanto à perspectiva da audiência pública como instrumento da democracia participativa, a configuração mínima juridicamente imaginável desse instituto jurídico seria sua destinação ao cidadão em sentido estritíssimo (eleitor), ou seja, ao brasileiro em gozo dos direitos políticos e em dia com seus deveres eleitorais. Portanto, o cidadão tem o direito fundamental político de exercer a democracia participativa por meio da audiência pública. A rigor, em termos de interpretação sistemático-constitucional, o Estado não poderia sequer ter uma configuração mínima tão restritiva, em que excluísse pessoas jurídicas e entes da sociedade civil, pois não somente viola a noção de democracia participativa como também o pluralismo constitucionalmente estabelecido”.

¹² Gavronski (p.74) demonstra, com muita precisão de raciocínio, a necessidade de expedição de convite ao público com a antecedência necessária e a escolha do local que facilite o acesso dos interessados.

¹³ A respeito da oralidade e informalidade da audiência pública, explica RODRIGUES, Geisa de Assis: O que caracteriza a audiência pública é a existência do debate oral e informal, embora ordenado pelo órgão que a preside, sobre uma medida administrativa qualquer que tenha repercussão social. Na audiência pública, ao mesmo tempo que se informa o teor e implicações da medida administrativa analisada, se consulta a opinião sobre o assunto, sem contudo haver a vinculação da vontade do administrador, posto que na audiência pública se tem voz mas não voto. Não se confunde com os atos de colegiados públicos nos quais só participa quem é formalmente autorizado. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 95.

¹⁴ Afirma Mazzilli (1999, p. 327): *Por meio das audiências públicas, o Ministério Público não se submete a uma assembleia popular, nem nelas se votam opções ou linhas de ação para a instituição, e sim por meio delas intenta o Ministério Público obter informações, depoimentos e opiniões, sugestões, críticas e propostas, para haurir com mais legitimidade o fundamento de sua ação institucional.*

Referências bibliográficas

- 1) ALMEIDA, Gregório Assagra de.; PARISE, Elaine Martins. *Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito*. Tese aprovada por unanimidade no XVI Congresso Nacional do Ministério Público (Ministério Público e Justiça Social), realizado nos dias 6, 7, 8 e 9 de novembro de 2005, em Belo Horizonte (MG) e publicada in Em defesa da Ética e dos Direitos Fundamentais (Anais), pela Comissão Organizadora Congresso.
- 2) ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- 3) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 11ª edição, 2001.
- 4) DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 8ª edição, 1984.
- 5) GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Manual de atuação em tutela coletiva para o Ministério Público Federal*, - Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/publicacoes/manual_atuacao_tutela_coletiva_mpf.pdf.
- 6) GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia teoria e prática*. Leme (SP): Editora de Direito, 1988.
- 7) MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2002.
- 8) *Inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- 9) MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. Tradução de Nirimar Maria Falci. São Paulo: Editora Peirópolis, 3ª edição, 2000.
- 10) MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Maumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- 11) RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

2. ENTREVISTA

MPMG Jurídico: Como se sabe, a história constitucional americana difere muito da brasileira, em especial quanto à maneira da formação do Estado. Pergunta-se então, na sua opinião, que diferenças podem ser consideradas marcantes entre os dois modelos e qual é o conseqüente reflexo nas competências normativas?

Professor Charles D. Cole: § 1º - A maior diferença é que os Estados criaram o governo federal nos Estados Unidos enquanto que, no Brasil, o governo central criou os Estados.

§ 2º - Nos Estados Unidos, os Estados eram governos soberanos à época em que criaram o governo federal e deram a este somente o poder que desejavam que o governo federal possuísse. Portanto, os Estados mantiveram o que chamamos poder residual, o poder de polícia, que continua a existir nos Estados-membros dos Estados Unidos. O federalismo americano e a relação entre os Estados e o governo central são, portanto, exatamente o oposto dos brasileiros.

§ 3º - Há áreas de regulação legal que o Estado pode manter e o governo federal não pode impedi-lo de o fazer. E há áreas delegadas de poder dos Estados para o governo federal que constituem a suprema lei dos Estados Unidos porque a Constituição Federal dispõe que a lei federal é máxima.

§ 4º - Portanto, em comparação com o federalismo brasileiro, a diferença mais significativa entre ambos os modelos governamentais é o relacionamento dos Estados com o Governo Federal americano.

MPMG Jurídico: A Constituição americana tem mais de 200 anos e foi emendada 27 vezes. A Brasileira, ao contrário, tem 18 anos e já sofreu 48 emendas¹. Quase o dobro, portanto. A que o senhor atribui tal diferença? Gostaríamos que o senhor nos explicasse o processo legislativo para emendar a Constituição americana.

Professor Charles D. Cole: § 1º - Nos Estados Unidos, a única forma com que a Constituição pode receber uma emenda é o Congresso submetendo-a aos Estados, necessitando-se da aprovação de dois-terços destes. Seguindo-se à propositura da emenda aos Estados, pelo menos 75% destes devem aprová-la antes que ela possa entrar em vigência. Se o Congresso optar por não submeter a emenda aos Estados, pode haver uma Assembléia Constituinte autorizada por dois-terços dos Estados. Três-quartos dos Estados teriam, então, que ratificar a nova Constituição. Somente tivemos uma Assembléia Constituinte há 219 anos e duvido que venhamos a ter outra.

MPMG Jurídico: As we know, the American constitutional history differs a lot from the Brazilian one, mostly regarding the way the federations were built. We ask you then, in your opinion, which of those differences can be considered paramount between the two models and how does it reflect in the power granted to the union and to the States to legislate?

Professor Charles D. Cole: § 1º - I think the biggest difference in that is that the States created the Federal Government in the United States. In Brazil, your central government created the States.

§ 2º - In the U.S. the States were sovereign governments at the time they created the Federal Government and they gave the Federal Government only the power they wished the Federal Government to have. The States retained what we call the residual power, the police power, which continues to reside in the States of the United States. The U.S. federalism, that relationship between the States and the central government, is exactly the opposite of that which exists in Brazil.

§ 3º - There are areas of legal regulation that the State can maintain and the Federal Government cannot keep it from doing so. There are also delegated areas of power from the States to the Federal Government which constitute the supreme law of the United States because the Federal Constitution provides that federal law is supreme.

§ 4º - Thus, the relationship of the States to the Federal Government in the U.S., compared to Brazilian federalism is the most significant difference between the governmental models.

MPMG Jurídico: The American Constitution was written more than two hundred years ago and it has been amended only twenty seven times. On the other hand, the Brazilian Constitution was created only eighteen years ago, and forty-eight amendments¹ have taken place. In your opinion, what causes such a difference? We would like you to explain the process of how an amendment to the Constitution is done in the United States.

Professor Charles D. Cole: § 1º - Let's first consider the first part of your question. In the United States, the only way that the Constitution can be amended is for Congress to submit, on a two-thirds vote, a Constitutional Amendment to the States for approval. Following submission of the proposed amendment to the States, at least 75% of the States must approve an amendment before it becomes effective. If the Congress chooses not to submit the amendment to the States, there can be a Constitutional Convention authorized by two-thirds of the States. Three-fourths of the States would have to ratify the new Constitution. We have not had but one convention and that was 219 years ago. I doubt that we will have another.



Professor Charles D. Cole Promotora de Justiça Patrícia Estrela de Oliveira Vasconcelos

O Professor Charles Cole concedeu esta entrevista ao MPMG Jurídico quando de sua vinda a Belo Horizonte para proferir palestra ao meio jurídico mineiro. A palestra deu-se na sede da Justiça Federal - Seção Judiciária de Minas Gerais, onde se deu o encontro.

Sua palestra versou sobre a evolução e aplicação do precedente vinculante (binding precedent) na cultura jurídica norte-americana. O Professor fez também uma análise da construção da cultura constitucional americana em mais de 200 anos de aplicação da teoria do precedente, tendo tecido ainda breves comentários sobre a então recente instituição da súmula vinculante no Cenário Constitucional Brasileiro.

A entrevista foi elaborada e concedida à Promotora de Justiça Patrícia Estrela de Oliveira Vasconcelos, Diretora de Secretaria da Comarca de Betim, especialista em Direito Ambiental, atuante perante as Varas Cíveis daquela Comarca.

English version

4.1.2 O processo constitucional italiano e a atuação do Ministério Público

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça
Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais
Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa

É intuitivo reconhecer que a concepção de controle de constitucionalidade caminha, *pari passu*, com a evolução do próprio Estado de Direito. Preserva as opções políticas fundamentais do Constituinte, assegura a observância do fundamento de validade das distintas espécies normativas e assenta bases sólidas na divisão das funções estatais, evitando que os órgãos incumbidos da produção normativa, na senda de maiorias ocasionais, terminem por se distanciar desses vetores axiológicos. A Itália, como não poderia deixar de ser, prestigiou esse verdadeiro axioma, sendo a Constituição, em boa parte, o que os juízes constitucionais entendem que ela é (Biscaretti di Rufia, *Diritto Costituzionale*, 1989, p. 654).

O sistema italiano de controle de constitucionalidade, nos moldes atuais, consagra o controle concentrado, de criação austríaca (*Verfassungskontrolle*, introduzido na Constituição de 1920 e que se estendeu por toda a Europa), e ainda contempla uma limitada participação dos demais órgãos jurisdicionais, o que, em sua origem, estaria associado ao modelo de controle difuso, de origem norte-americana (*judicial review*, desenvolvido a partir do caso *Marbury v. Madison*, 1 *Cranch* 137, 1803). Com exceção da atividade desenvolvida pelos próprios órgãos incumbidos da produção normativa, não é divisada a existência de um controle de natureza política, a ser realizado por um órgão independente (modelo francês, no qual o controle é desenvolvido, anteriormente à publicação da lei, pelo *Conseil Constitutionnel* art. 61 da Constituição de 1958). O controle de constitucionalidade é essencialmente sucessivo, mas é igualmente contemplada a possibilidade do controle prévio.

O Tribunal Constitucional (*Corte Costituzionale*), órgão responsável pela realização do controle concentrado (*controllo accentrato*), é composto de quinze juízes, sendo um terço nomeado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pela Magistratura Superior (art. 135, 1, da Constituição de 1947), que ocuparão os cargos durante nove anos, vedada a recondução (art. 135, 3 e 4, da Constituição). Como principal atribuição, incumbe ao Tribunal julgar as controvérsias relativas à "legitimidade constitucional" das leis e dos atos com força de lei do Estado e das Regiões (art. 134, da Constituição e art. 2º da Lei Constitucional no 1/1948) incluindo as Províncias autônomas de Trento e Bolzano (Di Celso e Salerno, *Manuale di Diritto Costituzionale*, 2002, p. 479) - fórmula cuja amplitude encontra ressonância no sistema parlamentar de governo e na forma de Estado, que, não obstante intitulada de unitária, atribui considerável autonomia às regiões. Quanto à inconstitucionalidade superveniente (*incostituzionalità sopravvenuta*), o Tribunal admitiu o exame de leis anteriores à Constituição (Sentença nº 1/1956), possibilidade que, consoante a melhor doutrina, deve ficar restrita às hipóteses em que, não se colocando o problema da ab-rogação da norma, seja suscitado um possível conflito interpretativo com a Constituição (*Vergottini, Diritto Costituzionale*, 2001, p. 620).

A insurgência quanto à legitimidade constitucional da norma, concebida em abstrato (*controllo astratto*), exige seja indicado "o dispositivo da Constituição ou da lei constitucional que se sustenta violado" (Lei nº 87, de 11 de março de 1953). Embora vedadas as "avaliações de natureza política e a

sindicação sobre o uso dos poderes discricionários do Parlamento" (Lei nº 87/1953, art. 28), tal não tem impedido a aferição da constitucionalidade a partir da valoração dos princípios constitucionais, com a realização de um *bilanciamento fra valori*, bem como a identificação do *excesso di potere legislativo* e a infração ao postulado da *non arbitrariedad* (Vergottini, *Diritto...*, p. 625). Como peculiaridade, é admitido o controle de constitucionalidade tomando-se como parâmetro as fontes normativas subordinadas à Constituição, também denominadas de normas interpostas (*norme interposte*), do que é exemplo a obrigação de as Regiões, em sua produção normativa, observarem os limites traçados pela lei do Estado (art. 117 da Constituição). Como se percebe, a ofensa à Constituição é indireta, sendo necessariamente invocada a integração da sua força normativa, levada a efeito pelo legislador infraconstitucional, para fins de controle de constitucionalidade (Sicilari, *Le "Norme Interposte" nel Giudizio di Costituzionalità*, 1992, pp. 03/04).

O poder de iniciativa é restrito ao Estado e às Regiões. Como as leis regionais são analisadas pelo Governo anteriormente à promulgação e à publicação, não aceitando o Conselho da Região as observações formuladas, pode ser ajuizada a respectiva ação perante o Tribunal Constitucional, nos quinze dias seguintes à deliberação regional. Trata-se de controle nitidamente preventivo. As impugnações das Regiões, por sua vez, são sucessivas, devendo ser ajuizadas nos trinta dias seguintes à publicação da lei do Estado ou, em se tratando de lei de outra Região, nos sessenta dias seguintes. Ao fixar prazos para a deflagração do controle concentrado, o sistema italiano prestigia a segurança e a certeza jurídica em detrimento da própria preeminência da Constituição.

Somando-se à impugnação em sede principal, tem-se aquela iniciada por via de exceção, realizada de forma incidente a um procedimento jurisdicional em curso (art. 1º da Lei Constitucional no 1/1948 e art. 23, 1 e 3, da Lei no 87/1953 *controllo concreto*), sendo a única via aberta aos particulares, ao Ministério Público (*Pubblico Ministero*) e às demais pessoas jurídicas de direito público que não o Estado e as Regiões. O órgão jurisdicional, mesmo de ofício, identificando a presença de uma *questione pregiudiziale di costituzionalità* que não se mostre manifestamente improcedente e a sua relevância para o julgamento do mérito, emite um decreto motivado (*ordinanza di rimessione*) e submete a questão à apreciação do Tribunal Constitucional, suspendendo o processo principal. Apesar de o Ministério Público integrar o Judiciário (art. 107 da Constituição), não acolhendo o juiz a questão de inconstitucionalidade por ele suscitada, a doutrina tem reconhecido a impossibilidade de a matéria ser submetida à apreciação do Tribunal Constitucional, pois o *Pubblico Ministero* é sempre *più parte* e sempre *meno giudice* (Zanon, *Pubblico Ministero e Costituzione*, 1996, p. 142/156).

Cabe ao órgão jurisdicional a *quo* indicar o resultado pretendido: declaração de inconstitucionalidade da norma, realização de interpretação conforme à Constituição etc. Proferida a *ordinanza di rimessione*, além da publicação, são notificadas as partes, o Ministério Público (nos casos em que

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS MINISTÉRIOS PÚBLICOS

4.1.1 O Mediador da República no Direito francês

Mário Antônio Conceição

Promotor de Justiça Titular da 7ª Promotoria Especializada de Contagem(MG)

Mestre em Direito

Pós-Graduado pela Universidade de Paris II (Panthéon-Assas)



Mário Antônio Conceição

Inspirado no modelo sueco do *Ombudsman*, criado em 1809 e no Comissário parlamentar inglês instituído em 1967, o Mediador da República foi criado pela Lei de 3 de janeiro de 1973. A Lei 89-18, de 13 de janeiro de 1989 o qualifica como “autoridade independente”, não havendo a utilização da expressão “autoridade administrativa”.

Ao contrário do *Ombudsman* que é nomeado pelo parlamento, o Mediador é nomeado pelo Presidente da República por um mandato de seis anos não renovável. A sua independência revela-se por não se encontrar subordinado a nenhuma autoridade. A Lei de 12 de abril de 2000 (art.26, 2º) criou a figura dos mediadores delegados.

O Mediador não recebe instrução de nenhum Poder e não pode ser retirado de suas funções, exceto em caso de impedimento devidamente constatado. O Mediador não pode ser diretamente provocado por pessoas físicas ou jurídicas. Há uma espécie de legitimidade representativa. Somente por intermédio de um parlamentar pode o mediador ser provocado a agir. A sua competência permite-lhe atuar na Administração Pública direta, indireta (p.ex, empresas públicas) e nos concessionários do serviço público.

Por razões humanitárias, admite-se que, em se tratando de litígios envolvendo agentes públicos e Administração Pública, possa o mediador ser provocado diretamente pelo interessado, desde que concorram duas condições: 1) urgência e 2) situação particularmente crítica do reclamante. A legitimidade necessária para justificar a atuação do mediador deverá, entretanto, ser regularizada *a posteriori* por um parlamentar que se disponha a ratificar o requerimento de atuação (*Le saisine*) do mediador.

A França e a Grã-Bretanha são os únicos países da União européia que adotaram o sistema da filtragem parlamentar. Em todos os outros países, os cidadãos podem diretamente requerer a atuação do mediador. O Mediador submete-se a regime de inelegibilidade previsto no Código Eleitoral (art. LO 131, art. L. 194-1. L. 230-1 e L. 340). O Mediador da República integra a estrutura da Administração Pública, contudo, não se lhe aplica a regra geral de que os cargos permanentes devam ser ocupados por funcionários de carreira.

É interessante notar que o mediador expede

recomendações que não têm natureza de decisão administrativa.

Ele não possui poder de decisão. As providências por ele adotadas, a partir das reclamações recebidas não são qualificadas como atos administrativos sendo portanto insuscetíveis de controle judicial consoante decidiu o Conseil d'Etat, 10 juillet 1981, “Retail”.

O Mediador possui *poder de instrução* para demandar explicações aos agentes públicos que, após autorização de seus ministros, são obrigados a prestar os esclarecimentos solicitados. Possui ainda *poder de recomendação* que não obriga a Administração, a qual somente deverá informá-lo, quais serão as medidas adotadas ante às reclamações recebidas. A má vontade da Administração Pública em resolver os impasses levados ao seu conhecimento pode ser sancionada pela opinião pública através da publicação do relatório anual das atividades do mediador que é enviado ao Presidente da República.

O Mediador possui ainda “poder” de sugestão. A Lei de 12 de abril de 2000 previu que, uma vez evidenciada alguma injustiça na aplicação de texto legislativo, tem ele a prerrogativa de propor reformas legislativa ou regulamentar, por sua própria iniciativa, bem como medidas que visem assegurar o melhor funcionamento dos serviços administrativos. Foi assim que o Mediador apresentou propostas em favor das pessoas portadoras de deficiência durante a apresentação do relatório anual no ano de 2003.

A atuação do Mediador da República no Direito francês tem-se revelado eficaz. A professora Jacqueline Morand-Deville da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne) informa¹ que o Mediador da República recebe mais de 50.000 reclamações por ano. No período de 1973 a 2000, foram recebidas 730.000 reclamações. Desse total, 40% foram indeferidas e 60% obtiveram solução satisfatória. Os resultados das atividades do Mediador da República levaram o parlamento francês aprovar a Lei de 12 de abril de 2000 que instituiu a Mediação de Proximidade que possui a particularidade de permitir que o *mediador* seja acionado diretamente pelo reclamante. Os resultados são animadores. 4/5 das reclamações apresentadas foram solucionadas.

A figura do mediador também está prevista no tratado de Maastricht que instituiu um *mediador* europeu que pode transmitir aos dos países integrantes da União européia reclamações que sejam de sua competência. O art. 26 (1º) da Lei 2000-321 de 12 de abril de 2000 admite a possibilidade do Mediador da República receber reclamação encaminhada pelo mediador europeu ou homólogo estrangeiro.

§ 2º - Francamente falando, acho que para responder à primeira pergunta temos que reconhecer que colocamos muito poder na nossa Suprema Corte americana. Seguimos o que se chama de binding precedent (súmula vinculante), com a Suprema Corte dos Estados Unidos interpretando a Constituição Americana ao decidir casos que lá chegam por uma maioria de votos. A decisão constitui o que a Constituição significa e aquilo é vinculante a menos que a Suprema Corte revogue ou modifique o precedente vinculante.

§ 3º - Sobre as 27 emendas à Constituição americana, é interessante ressaltar que, de fato, desde 1791, a Constituição dos Estados Unidos foi emendada somente 17 vezes. A Constituição foi emendada 10 vezes em 1791, dentro de dois anos após a sua ratificação para a criação do governo dos Estados Unidos. A razão pela qual ela foi emendada 10 vezes dentro de dois anos após a sua ratificação foi o fato de que a Constituição Americana não possuía a Declaração de Direitos (Bill of Rights) à época de sua ratificação.

§ 4º - Os idealizadores da Constituição americana (Constitution framers), criando um governo central de poderes limitados, não acreditaram que havia a necessidade de se incluir a Declaração de Direitos. Mesmo assim, durante o curso do processo de entrega da Constituição para os Estados ratificarem, Alexander Hamilton, George Washington, Thomas Jefferson, James Madison, e muitos dos nossos fundadores determinaram que a única forma com que os Estados iriam ratificar a Constituição seria assegurar a eles que a primeira providência do novo Congresso seria o estabelecimento da Declaração de Direitos para proteger o povo.

§ 5º - Em suma, o primeiro Congresso de 1789 submeteu aos Estados doze emendas e os Estados ratificaram dez delas. Essas dez emendas são nossa atual Declaração de Direitos. Portanto, poderíamos reconhecer que é um surpreendente feito na realidade política que somente dezessete emendas tenham sido aprovadas desde 1791.

§ 6º - Além do mais, quando o povo deu o poder para a Corte para decidir o que a Constituição significa e quando isso é feito por uma opinião majoritária da Suprema Corte na América, aquela definição jurídica (uma súmula vinculante) realmente se torna o que a Constituição significa. A súmula vinculante é como uma emenda. Há aqueles em nossa cultura jurídica que asseveram que a nossa Suprema Corte é como uma Assembléia Constituinte contínua. Acho que isso é ir um pouco longe demais, mas, de fato, a realidade é que a Suprema Corte pode determinar o que a Constituição significa. A Constituição é aprimorada através das definições da Suprema Corte sobre o que a Constituição americana significa, através de voto majoritário da Corte em caso de se interpretar a Constituição.

MPMG Jurídico: Sob o prisma constitucional, quais as exigências para que um tratado internacional possa vigorar em todos os Estados da Federação Americana quando seu conteúdo envolve questões que afetem o comércio interestadual? Isso é possível?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Certamente é possível. Para falar a verdade, a Constituição dispõe que o Presidente dos Estados Unidos deve negociar e submeter ao Senado americano um tratado com o propósito de obter o aconselhamento e consentimento, ou aprovação do Senado. Quando o Senado aprova o tratado em questão por dois-terços dos votos dos membros presentes, o acordo proposto torna-se um tratado válido. Não é necessário que o tratado vá então para a Câmara dos Deputados (House of Representatives). Somente é necessário que o Senado aprove o tratado por voto de dois-terços.

§ 2º - Quite frankly, I think that what we should do in answering the primary question is to recognize that we put great power in our Supreme Court. We follow what we call binding precedent with the Supreme Court of the United States construing the Constitution of the United States by deciding cases before it by a majority vote. The decision constitutes what the Constitution means and that is binding until and unless the Supreme Court overrules or modifies the binding precedent.

§ 3º - In regard to the 27 amendments to the U.S. Constitution, it is interesting for me to have the opportunity to tell you that, in fact, since 1791, the Constitution of the United States has been amended only 17 times. The Constitution was amended ten times in 1791, within two years after it was ratified to create the United States government. The reason it was amended ten times within two years following ratification is the fact that the Constitution did not contain a Bill of Rights at the time it was ratified.

§ 4º - The framers, creating a central government of limited powers, did not believe there was a need to include a Bill of Rights. Even so, during the course of offering the Constitution to the States for ratification, Alexander Hamilton, George Washington, Thomas Jefferson, James Madison, and many of our founders determined that the only way the States were going to ratify the Constitution was to assure them that the first order of business of the new Congress would be to establish a Bill of Rights to protect the people.

§ 5º - In essence, that first Congress of 1789 submitted to the States twelve amendments and the States ratified ten of them. Those ten amendments are our current Bill of Rights. So, in essence, we could recognize that it is an amazing feat in political reality that only 17 amendments have been approved since 1791.

§ 6º - Further, when the people gave the power to the Court to decide what the Constitution means and when that is done by a majority opinion of the Supreme Court in American, that judicial definition (a binding precedent) really becomes what the Constitution means. Binding precedent is like an amendment. There are those who assert in our culture that our Supreme Court is like a continuous Constitutional Convention. I think that is going a little too far, but the truth of the matter is that the Supreme Court can determine what the Constitution means. The Constitution is upgraded by virtue of the Supreme Court defining what the U.S. Constitution means by a majority vote of the Court in a case construing the Constitution.

MPMG Jurídico: Considering the Constitution of the United States of America, what are the requirements for an international treaty to become valid in all States when it relates to or affects interstate commerce? Is it possible?

Professor Charles D. Cole: § 1º - It certainly is possible. As a matter of fact, the Constitution provides that the President of the United States shall negotiate and submit to the Senate of the United States a treaty for purposes of obtaining the advice and consent, or approval, of the Senate. When the Senate does approve the treaty in question by a two-thirds vote of those members present, the proposed agreement becomes a valid treaty. It is not necessary for the treaty then to go to the House of Representatives. It is only necessary for the Senate to approve it by a two-thirds vote.

Nota:

¹ Jacqueline Morand-DEVILLER, Cours de Droit Administratif, Montchrestien, 9ª ed, 2005.

§ 2º - É dado ao Congresso o poder de regular o comércio interestadual e internacional. Portanto, se o Congresso regula o comércio interestadual e internacional, ele tem poder de plenário para fazê-lo. Se o Congresso não regula o comércio interestadual e internacional, a regulação somente pode ocorrer em nível internacional, com o Senado aprovando o tratado.

§ 3º - Nos Estados Unidos, o Congresso é investido de poder para regular o comércio interestadual e internacional o que significa que isso poderia ocorrer por maioria de votos na Câmara e no Senado com a lei proposta então submetida ao Presidente. Por exemplo, ela poderia ser apresentada ao Presidente para aprovação e se o Presidente aprovar, o projeto torna-se lei. Como tem sido dito, acho que é verdade que, quando o Presidente está agindo consistentemente com o poder do Congresso, então, de fato, a única razão pela qual aquilo não seria vigente seria por que os Estados Unidos não podem exercer aquela função específica.

§ 4º - Portanto, em suma, o Governo Federal pode regular o comércio internacional de duas formas diferentes, por tratado e pelo exercício da autoridade congressional ao promulgar leis. Quando um tratado válido ou lei válida regula o comércio interestadual ou internacional, os Estados estão todos ligados pela regulação.

MPMG Jurídico: Os EUA têm sido criticados internacionalmente pela não-adesão ao tratado internacional de Kyoto. Poder-se-ia atribuir esse posicionamento a entraves de ordem constitucional quanto à aprovação pelos Estados Membros da União ou trata-se de ausência de vontade política da atual administração federal?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Eu poderia responder essa pergunta de forma realmente rápida e dizer que é a falta de vontade política da atual administração federal. O Tratado de Kyoto poderia ter sido aprovado pelo Senado americano sem ir para os Estados, mesmo sem ir para a Câmara dos Deputados (House of Representatives).

§ 2º - A razão pela qual o Tratado de Kyoto não foi aprovado pelos Estados Unidos, na minha opinião, é por que os Estados Unidos estão em um estágio de desenvolvimento industrial na qual a sua aprovação afetaria adversamente o país muito mais do que a maioria do resto do mundo. Baseado nesse efeito adverso sobre a economia americana, o problema é político.

§ 3º - Como vocês provavelmente sabem, o candidato democrata para Presidente que concorreu com George Bush na primeira eleição foi Albert Gore. O Sr. Gore havia sido o Vice-Presidente na administração Clinton e era muito favorável ao Tratado de Kyoto. Infelizmente, Albert Gore não foi eleito Presidente.

MPMG Jurídico: Levando em consideração os últimos eventos climáticos que arrasaram o sul dos Estados Unidos, tais como os furacões Katrina e Wilma e diante do argumento de especialistas de que tais fenômenos foram causados pelo desequilíbrio ecológico que o tratado de Kyoto visa minimizar, o Senhor, como cidadão americano, é a favor de que os Estados Unidos da América assinem tal acordo? O que o senhor acha da resistência americana em fazê-lo?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Novamente, temos que voltar à argumentação da pergunta anterior, que é por causa da realidade política na América industrial.

§ 2º - The Congress is given the power to regulate interstate commerce and international commerce. So, if the Congress does regulate interstate and international commerce it has plenary power to do so. If the Congress does not regulate international or interstate commerce, regulation can occur only on an international basis by the Senate approving a treaty.

§ 3º - In the United States, the power to regulate interstate and international commerce is vested in the Congress and that means that such could occur by a majority vote by the House and Senate, with the proposed law then submitted to the President, i.e., it would be presented to the President for approval and if the President approves the bill becomes law. As it has been said, I think it is quite true that when the President is acting consistently with the power of Congress, then, in fact, the only reason that would not be effective would be because the United States cannot perform the particular function.

§ 3º - So in essence, the Federal Government can regulate international commerce in two different ways, by treaty and by exercise of congressional authority by enacting laws. When either a valid treaty or valid law regulates interstate or international commerce the States are all bound by the regulation.

MPMG Jurídico: The United States has been internationally criticized because it refuses to sign the Kyoto Treaty. Is it fair to say that such position is related with problems concerning constitutional requirements in order to approve it in all 50 states, or does it have to do with the absence of political will of the current administration of the Federal Government?

Professor Charles D. Cole: § 1º - I could answer that really quickly and say it is the absence of political will by the current Federal administration. The Kyoto Treaty could have been approved by the Senate of the United States without going to a State, without even going to the House of Representatives.

§ 2º - The reason why the Kyoto Treaty was not approved by the United States is because, I believe, the U.S. is at a stage in industrial development that approval would adversely affect the country more than most of the rest of the world. Based upon that adverse affect on the U.S. economy the problem is political.

§ 3º - As you probably know, the democratic candidate for President against George Bush the first time he ran was Albert Gore. Mr. Gore had been the Vice-President in the Clinton administration and was very much in favor of the Kyoto Treaty. Unfortunately, Albert Gore was not elected president.

MPMG Jurídico: Taking into consideration the last natural events that devastated the south of the United States, such as the hurricanes Katrina and Wilma, and considering all the argument of the specialists that such phenomena were caused by all the environmental loss of equilibrium that the Kyoto Treaty intends to prevent, are you, as an American citizen, for or against the United States signing such a treaty? What do you think about the American resistance to sign it?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Again we have to go back to the reasoning in the prior question and that would be because it is political reality in industrial America.

houve também manifestação da defesa do sentenciado, conforme se vê à fl. 66, de modo que não que se falar em ausência de defesa. Assim sendo, rejeito a preliminar. No que tange à alegação de que a referida conduta não estaria elencada como falta grave, razão não assiste ao recorrente. Ao permitir que sua esposa pernoitasse em sua cela, em total desrespeito às regras do estabelecimento prisional e às ordens dos agentes penitenciários, o sentenciado praticou efetivamente falta grave, que se insere na categoria da infração prevista no art. 50, VI, da LEP, que se reporta ao inciso II do art. 39 da citada Lei

(violação ao dever de obediência ao servidor), e também no art. 11, X, do REDIPEN. Desse modo, tem-se que o cometimento de falta grave pelo reeducando autoriza a incidência do disposto no art. 127, da LEP, que determina a perda dos dias remidos quando punido por tal infração, desmerecendo, assim, a r. decisão agravada de qualquer reforma. Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO. (TJMG, 2ª Câmara Criminal, Agravo nº 1.0000.04.411841-2/001, Rel. Des. Reinaldo Ximenes Carneiro, j. 28.10.2004).

3.4.6.2 TJMG, 2ª Câmara Criminal. *Desnecessidade de procedimento judicial para apuração de falta grave durante a execução da pena*

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA JUIZADO ESPECIAL X JUSTIÇA COMUM EXECUÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSTA PELO JUIZADO ESPECIAL. O Juizado Especial Criminal é o competente para a execução das penalidades por ele

impostas, tendo em vista o que dispõe o art. 60 da Lei 9.099/95 e a Lei de Organização Judiciária de Minas Gerais, em seu art. 82 (TAMG, 2ª Câmara Mista, Conflito de Competência nº 465.730-9, Rel. Juíza Maria Celeste Porto, j. 28.09.2004).

3.4.6.3 TJMG, 4ª Câmara Criminal. *Progressão de regime em crimes hediondos. Análise do caso concreto pelo órgão jurisdicional competente, que poderá deferir-la ou não conforme as circunstâncias do delito*

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO - INTIMAÇÃO PESSOAL PARA DILIGÊNCIAS FINAIS - APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE REQUERIMENTOS - OPORTUNIDADE PRECLUSA - NULIDADE INEXISTENTE - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL - RECONHECIMENTO DOS OFENDIDOS - ELEMENTO SUBJETIVO CONSTATADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - ATENUANTE RECONHECIDA. Realizada a intimação em audiência para a apresentação de diligências finais, saindo ciente o advogado do ato processual, não há nulidade no indeferimento de requerimento oferecido intempestivamente. Confessando os réus a sua participação no crime, sendo aceitação de culpa que encontra respaldo no reconhecimento realizado pelas vítimas, satisfatórios são os elementos para o lançamento da condenação. Constatando-se que os agentes buscavam, desde o início da ação delituosa, extorquir as vítimas, mediante o cerceamento de sua liberdade, para obter vantagem, subsume-se o caso na hipótese do art. 159 do CP. Utilizada a confissão administrativa como um dos fundamentos da condenação, impende reconhecer a atenuante respectiva. Primeiro apelo julgado deserto, preliminar rejeitada e segundo recurso provido parcialmente.

constitucionalidade difuso, o de simples cumpridor da decisão lançada pela Corte Constitucional (STF), não realizando um trabalho autômato ou sem significado.

A participação do legislativo em referida análise constitucional da norma é de suma importância, pois exerce um controle político da questão, sopesando a opinião pública sobre o tema e ponderando a sua repercussão para a sociedade.

Com efeito, se o Senado tivesse uma função meramente confirmadora da decisão do Supremo, não haveria sentido à existência de norma constitucional que determina a ingerência do Legislativo (CR/88 - art. 52, X), bastando, então, a declaração do Pretório Excelso, o que não é interpretação razoável diante da expressa previsão normativa, já que não há palavras inúteis na lei.

Aliás, a atuação do Senado Federal revela o cuidado do constituinte para que eventual divergência na Corte Suprema não consolide insegurança jurídica, mantendo-se a norma dita inconstitucional até que se tenha, de fato, certeza em relação ao alcance da regra impugnada.

(...)
Avaliando a repercussão social da alteração, chegamos à conclusão de que o tema ainda instigará os doutos a melhor refletir sobre a questão, estando em vigor a norma prevista na Lei n. 8.072/90, até que o Senado Federal a retire definitivamente do ordenamento, permanecendo, portanto, o regime integralmente fechado determinado na decisão recorrida (TJMG, 4ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0701.04.095275-9/001, Rel. Des. Edival José de Moraes, j. 05.04.2006, DJ 04.05.2006).

O papel do Senado Federal não é, no controle de

3.4.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.4.5.1 MOTTA, Ivan Martins. **Estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito: dupla natureza jurídica e repercussões processuais penais.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 104

O autor nos dá uma nova e interessante visão sobre a natureza jurídica do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito, cuja monografia foi o tema da sua dissertação em Direito Penal pela PUC-SP. Pretende o jurista demonstrar que esses dois institutos têm dupla dimensão: funcionam ora como causa de exclusão da tipicidade, ora como causa de exclusão da antijuridicidade.

Segundo sua lição,

O cumprimento de um *dever genérico de atuar* que, eventualmente, venha a lesar um bem jurídico tipicamente protegido constituirá uma causa de exclusão da antijuridicidade, ao passo que o cumprimento de um *dever específico de atuar com lesão ao bem jurídico* constituirá uma causa de exclusão da tipicidade. Isto porque, na primeira hipótese, a lei não ordena ao agente público que aja lesando o bem jurídico, mas apenas lhe impõe o cumprimento de um dever genérico de atuar, cujo

exercício não ocasiona inevitavelmente uma ofensa ao interesse protegido, ao passo que, na outra hipótese, a lei ordena ao agente público que pratique determinada conduta que, *necessariamente*, ofende o interesse tipicamente tutelado (p. 47-48).

Além disso, aponta que

O regular exercício de um direito *meramente autorizado* pelo ordenamento jurídico, cuja conduta venha a causar lesão a algum interesse tipicamente protegido, constituirá *sempre uma causa de exclusão da ilicitude*, ao passo que o regular exercício de um direito *incentivado ou fomentado* pelo Estado, cuja conduta venha a lesar o bem jurídico protegido, *poderá* constituir uma *causa de exclusão da tipicidade* ou uma *causa de exclusão da ilicitude* (p. 54).

Assim, a obra é recomendada para aqueles que queiram aprofundar o estudo acerca desses institutos sob os aspectos formal e material.

B) Artigos

3.3.5.2 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva.** In Direito Criminal. Coleção Jus Eternun. PIERANGELI, José Henrique (coord.). Belo Horizonte: 2002, Del Rey, p. 11/51.

O Professor Doutor Zaffaroni, titular de Direito Penal na Universidade Nacional de Buenos Aires, traz esse interessante artigo, no qual aborda a culpabilidade sob diversos enfoques.

Já de início, apontando a culpabilidade como “uno de los conceptos más equívocos del discurso del derecho penal (p. 13), o mestre argentino apresenta um estudo avançado

sobre o tema, fazendo questão de colacionar o entendimento dos mais renomados penalistas a respeito da matéria: Antolisei, Griffel, Frank, Binding, Merkel, Beling, von Liszt, Freudenthal, Goldschmidt, Mezger, entre outros.

Assim, para aqueles que procuram uma abordagem mais sistemática e profunda sobre alguns delineamentos do fenômeno da culpabilidade, este artigo é uma boa opção.

3.3.4 Jurisprudências da área

3.4.6.1 TJMG, 2ª Câmara Criminal. **Desnecessidade de procedimento judicial para apuração de falta grave durante a execução da pena**

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO INCISO VI DO ART. 50 DA LEP. VIOLAÇÃO AO DEVER DE OBEDIÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO

(...)

Pretende o agravante a anulação da penalidade que lhe foi aplicada ante o reconhecimento de falta grave, insurgindo-se ainda contra o procedimento de apuração da falta, a que qualifica como nulo por inobservância do comando legislativo, alegando não ter havido o devido processo legal para apuração da falta grave, bem como a ampla defesa.

Todavia, não vislumbro qualquer afronta àqueles princípios, tampouco constato a existência de qualquer nulidade. A comunicação de fl. 47 informa ter sido instaurado Procedimento Administrativo para apuração da falta cometida, sendo o sentenciado julgado pelo Conselho Disciplinar, na presença de advogado, na data de 29/09/03. Ademais, quando de sua oitava perante o Conselho Disciplinar (f. 48), o reeducando teve plenas condições de se defender, o que se efetivou também através de sua advogada de defesa, Dra. Lúcia Maria Lins Ziller, que em petição dirigida àquele órgão, datada de 29/04/03, postulou a aplicação ao sentenciado de mera repreensão escrita (fls. 50). Há que se salientar que

§ 2º - A América industrial é extremamente forte, tanto econômico quanto politicamente. Potencialmente, os Estados Unidos teriam muito a perder com a ratificação do Tratado de Kyoto. As catástrofes naturais e o aquecimento global que vêm ocorrendo fazem com que o nosso ex-Vice-Presidente, Al Gore, que se candidatou pelo Partido Democrata, pareça um gênio hoje. Ele nos advertiu do aquecimento global há dez anos. Mas eu sugeriria que antes de eu apoiar qualquer tratado, eu tenho que saber mais sobre ele. Tudo que sei é o que eu leio nos jornais e eu não vou responder essa questão baseado nesse tipo de informação.

§ 3º - Certamente, eu posso entender a necessidade para que nos tornemos melhores cidadãos mundiais, nós precisamos muito fazê-lo. Eu realmente achava que após 11 de setembro nos tornaríamos cidadãos do mundo melhores. Eu acho que a atual Administração da Casa Branca reage excessivamente, age sem boas razões em muitas instâncias e age a favor do complexo industrial em quase todas. Então, eu acho que temos uma difícil situação política.

§ 4º - Eu somente preciso saber mais sobre essa questão antes que eu possa dizer se apóio o tratado pessoalmente ou não.

MPMG Jurídico: Rosa Parks, a grande heroína americana que desafiou a ordem instituída na década de 50 por se recusar a aceitar que assentos em ônibus pudessem ser destinados a pessoas em virtude de sua cor e, por consequência, auxiliou o movimento pelos direitos civis em seu estado natal, Alabama, recentemente faleceu. Como está a questão envolvendo os direitos civis no Alabama hoje? O senhor é a favor do movimento das ações afirmativas? O que o senhor acha da reserva de cotas em universidades brasileiras para estudantes?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Inicialmente, vamos falar sobre o Movimento dos Direitos Civis em geral.

§ 2º - Certamente, quero que se registre que apóio o Movimento dos Direitos Civis que tivemos no nosso país e que ainda estamos tendo. Ainda não erradicamos completamente o problema de discriminação racial Americana e sou da opinião que o problema da discriminação racial hoje está, no mínimo, mais relacionado com a economia do que com discriminação racial propriamente dita. É a realidade do que reconhecemos como sendo o efeito da discriminação ao invés do que é requerido pela lei. Então, acho que temos que continuar a erradicar o fato da discriminação.

§ 3º - Acredito que no Alabama, meu Estado natal, temos tido muitos progressos. Há ainda muito progresso a ser feito. Em Birmingham, Alabama, onde moro, temos um Prefeito afro-americano e um Conselho Municipal afro-americano, que é o órgão de governo. Estou feliz com o nosso governo local. A realidade que temos que reconhecer é que, hoje, somos todos americanos e devemos viver como tais.

§ 4º - Acho que continuará havendo discriminação em nível de realidade econômica até que as minorias e há mais de uma tenham a oportunidade de receber o tipo de educação que permita que elas compitam no mundo atual. Eu certamente apóio que tenhamos todo o progresso possível diariamente, não anualmente. Todo dia dar às pessoas que têm situações semelhantes um tratamento semelhante, sejam elas brasileiras, americanas ou de qualquer outra nacionalidade. A única forma para que isso ocorra, na minha opinião, é se a estrutura legal der a todos uma oportunidade igual.

§ 2º - Industrial America is extremely strong, both economically and politically. The United States would, potentially, have a great deal to lose by ratification of the Kyoto Treaty. The natural catastrophes and the global warming which have occurred make our former vice-president, Al Gore who ran as a democrat for President, look like a genius today. He warned us of global warming ten years ago. But I would suggest that before I could say that I would support any treaty I must know more about it. All I know about this is what I have read in the newspapers and I am not going to answer the question based upon that information.

§ 3º - I can certainly understand the need for us to be better world citizens; we need very badly to do that. I frankly thought after 9/11 we would become better world citizens. The Republican administration currently in the White House, I believe overreacts, acts without a good reason in many instances and acts in favor of the industrial complex in almost all instances. So I think we have a difficult political situation.

§ 4º - I would just need to know more about it before I could say I would personally support the treaty or not.

MPMG Jurídico: Rosa Parks recently died. She was the great American heroine who defied the established order in the fifties by refusing to accept that seats in buses could be used or not by people depending on the color of their skin, and therefore helped the movement in search for the civil rights in your home State, Alabama. How is the question involving the civil rights in Alabama today? Are you in favor of affirmative action? What do you think about the Brazilian system of reserving a percentage of the places in the Universities for students that come from public schools or are black?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Let's first talk about the Civil Rights Movement generally.

§ 2º - I certainly want to be on record supporting the Civil rights Movement that we had in our country and are still having. We have not completely eradicated the problem of racial discrimination and in my judgment at least the real problem of racial discrimination today lies in economics more than in racial discrimination. It is the reality of what one would recognize as being the effect of discrimination rather than what is required by law. So I think we must continue to eradicate the fact of discrimination.

§ 3º - I think that in Alabama, my home State, we have made a lot of progress. There is a lot of progress that we must make. In Birmingham, Alabama, where I live, we have an African-American Mayor, and an African-American City Council, which is the governing body. I am happy with our local government. The reality which we must recognize today is that we are all Americans and we should live as such.

§ 4º - I think that there will continue to be discrimination on the bases of economic reality until the minorities and there are more than one have the opportunity to get the type of education that would allow them to compete in today's world. I certainly would support making all progress that we could every day, not every year, but every day, to give all persons who are similarly situated, as Brazilians or Americans or wherever they are in the world, similar treatment. The only way that it is going to occur in my judgment is if the legal structure gives every one an equal opportunity.

§ 5º - Agora, sobre o programa de ação afirmativa que vocês descreveram. Nós tentamos o tipo de programa de ação afirmativa baseado em cotas inicialmente. Estabelecer cotas para uma ação afirmativa em escolas públicas tem sido entendido como uma violação da cláusula de Proteção Igualitária da Constituição dos Estados Unidos. A nossa Corte recentemente decidiu, entretanto, que há um interesse coativo suficiente para se ter um corpo discente racialmente diversificado para se permitir que a raça seja um fator no processo de admissão em universidades públicas.

§ 6º - Eu sou favorável à ação afirmativa. O ponto que deve ser reconhecido, entretanto, é como definimos e implementamos isso. O que fazemos agora nos Estados Unidos é considerar não somente o lugar de onde alguém vem ou qual é sua raça ou etnia, nós olhamos a pessoa de uma forma global.

§ 7º - Leva muito tempo para avaliar as inscrições de admissão para nossas instituições educacionais para se implementar um programa de ação afirmativa válido. Em vez de se determinar que a Auburn University (uma universidade pública no Alabama) tem que dar 20% de seus lugares iniciais a minorias, nós requeremos que a Auburn University e todas as universidades e faculdades públicas analisem a inscrição completa para determinar se o candidato pode contribuir de forma válida para uma diversidade racial nas turmas iniciais.

§ 8º - Nós damos pequenos benefícios para aqueles que não tiveram oportunidades iguais de educação, obviamente, por causa da necessidade. O que não podemos fazer, por causa da nossa cláusula de Proteção Igualitária, é simplesmente estabelecer cotas e dar benefícios sem razão. Então, nossas universidades públicas devem analisar a inscrição completa para determinar se o candidato contribuiria para a diversidade da classe.

§ 9º - Estamos obtendo progressos reais com a ação afirmativa. Mesmo a minha universidade, a Samford University em Birmingham, Alabama, que é uma universidade particular, recruta mais minorias a cada ano. Queremos diversificar nossas turmas. Queremos diversificar nosso corpo discente.

§ 10º - Então, há o que a nossa Suprema Corte reconhece como um propósito coativo do governo para diversificar as operações educacionais no setor público e justificar a infringência à proteção igualitária.

§ 11º - Há dois anos somente, tivemos um caso na Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, uma instituição pública. A Corte permitiu que a Universidade considerasse a totalidade do registro do candidato para determinar se ele teria uma oportunidade considerável para completar o programa e se traria uma contribuição para a diversidade racial da turma.

§ 12º - Portanto, o precedente judicial tem resolvido essa questão com um caso que tenha sido antecedente. Se alguém quiser contestar a ação governamental baseado em um precedente relevante, a Corte certamente pode avaliar a questão novamente. Mas, atualmente, nós temos um precedente vinculante que aprova o uso de ação afirmativa para minorias na educação pública nos Estados Unidos da América.

MPMG Jurídico: O Ministério Público como instituição, foi concebido também para fiscalizar a administração pública. Há instituição semelhante no constitucionalismo americano? Como funcionam as investigações por Promotores independentes (por exemplo, a que foi encabeçada pelo Senhor Starr, que investigou o Presidente Clinton)? É possível comparar a atuação de ambas instituições?

§ 5º - Now, getting to the affirmative action program you described. We tried that type of quota based affirmative action programs initially. Establishing quotas for affirmative action in public schools has been held to be a violation of the Equal Protection Clause of our Federal Constitution in the United States. Our Court has recently held, however, that there is a sufficiently compelling interest in having a racially diverse student body to allow race to be a factor in the admission process in public universities.

§ 6º - I am in favor of affirmative action. The point which must be recognized, however, is how we define and implement it. What we do now in the United States is consider not just where someone is from or what their race or ethnicity is, we look at the total person.

§ 7º - It takes more time to evaluate applications for admission to our educational institutions to implement a valid affirmative action program. Rather than merely determine that Auburn University (a public university in Alabama) must give 20% of its entering class places to minorities, we require that Auburn University and all public universities and colleges look at the complete application to determine if the applicant can validly contribute to racial diversity in the entering class.

§ 8º - We do allow a slight benefit to those who have not had equal opportunities for education, obviously, because of the need. What we cannot do because of our Equal Protection Clause is merely establish quotas and give benefits without reason. So our public universities must look at the total file to determine if the applicant would contribute to the diversity of the class.

§ 9º - We are making progress with affirmative action, real progress. Even my university, Samford University in Birmingham, Alabama, which is a private university, recruits more minorities every year. We want to diversify our classes. We want to diversify our student body.

§ 10º - So there is what our Supreme Court recognizes as a compelling purpose of government to diversify educational operations in the public sector and justify the infringement of equal protection.

§ 11º - Just two years ago we had a case at the University of Michigan Law School, a public institution. The Court allowed the university to consider the totality of the file of the applicant to determine if the applicant had a reasonable chance to prevail, a reasonable opportunity to complete the program and would contribute to the racial diversity of the class.

§ 12º - So, judicial precedent has solved this matter with one precedential case. If someone wants to contest governmental action based on outstanding precedent, the Court may certainly look at the question again. But, we currently have a binding precedent that approves the use of affirmative action for minorities in public education in the United States of America.

MPMG Jurídico: The Brazilian Ministério Público is conceived as an institution that prosecutes the public administration. Is there a similar institution in the American Constitutionalism? How does an independent investigation work in America? (For example, the one headed by Mr. Starr, who investigated President Clinton). Is it possible to compare both institutions?

⁵ “AGRAVO EM EXECUÇÃO DE PENA - INDULTO NATALINO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. O indulto natalino concedido pelo Decreto Presidencial 4.495/02 não alcança quem tenha cometido falta grave nos dois anos anteriores à edição do decreto, quem não tenha usufruído de pelo menos cinco saídas temporárias e também, quem não tenha reparado o dano que causou ou demonstrado a impossibilidade de fazê-lo.” [...] “No caso há um equívoco de interpretação da lei. A saída temporária prevista no art. 123 e seguintes da LEP é anual, por um período de trinta e cinco dias, fracionado em até sete saídas de cinco dias. O requisito do art. 1º., X, do Decreto de Indulto refere-se a cinco saídas temporárias anuais, o que corresponderia a pelo menos cinco anos de cumprimento de pena no regime semi-aberto, e não cinco saídas temporárias parciais, mesmo porque, seria vergonhoso absurdo, como no caso da requerente, com pena superior a treze anos, que como pretende, cumpriria tão somente dois anos e meio de restrição de liberdade para alcançar o benefício.” g. n. (TJMG, processo: 1.0024.00.083107-3/001-1, Relator Des. SÉRGIO BRAGA, j. 16/03/2004, pub. 19/03/2004)

3.4.4 Os crimes virtuais: as condutas delituosas perpetradas através da Internet

Carine Silva Diniz

Advogada, especialista em Direito Público pelo CAD (Centro de Atualização em Direito)

A Internet, hodiernamente, deve ser considerada como patrimônio da humanidade, fazendo jus à proteção jurídica, em razão de sua importância no cenário mundial. A rede foi a primeira invenção humana capaz de promover, com eficiência jamais pensada, a integração dos povos, o fortalecimento das relações internacionais e propagação de informações.

No que diz respeito especificamente ao Direito Penal, o âmbito global da rede aflorou como um campo fértil para proliferação condutas ilícitas. Cada vez é maior o número de pessoas ligadas à Internet, bem como o número de atos ilícitos praticados por meio desta, vez que se trata de ambiente sem barreiras aparentes e regulamentação específica.

De fato, verifica-se o surgimento de um novo tipo penal, que, dada a sua singularidade, surpreendeu os operadores do Direito, em todos os seus ramos. Assim, sendo o Direito Penal tutelador dos bens jurídicos mais relevantes, não poderia quedar-se inerte face à deflagração da novel modalidade delituosa.

Todavia, a questão da aplicabilidade da legislação penal nacional às práticas delituosas cometidas através da Internet suscita dúvidas. A problemática se concentra no emprego da interpretação extensiva para abarcar os delitos provenientes das relações virtuais ou na promulgação de leis específicas.

É cediço que muitas das condutas criminosas realizadas através da Internet devem ser reguladas pelo nosso Diploma Penal, vez que não sofrem alterações em relação à sua natureza. Dessa forma, essa tipificação não é só possível, mas também necessária, tendo em vista que as leis penais vigentes constituem um corpo normativo apto a *prevenir e reprimir condutas delitivas que têm a Internet apenas como um meio para a sua consecução*. Sem dúvidas essa é a solução mais imediatista para frear o crescimento da criminalidade informática.

Porém, existem infrações que somente acontecem por meio do computador e surgiram em função deste, não sendo possível o seu enquadramento em nossa legislação penal em razão de suas características privativas, sob pena de ofensa do princípio da reserva legal, consubstanciado em nossa Carta Republicana e no Código Penal, segundo o qual é imperioso que a legislação tipifique determinada conduta como criminoso, vez que sem lei, não há crime. (art. 1º do CPP e 5º, XXXIX da CF). Também, sendo exigência de lei anterior para definir a conduta delituosa e cominar a pena atinente, não é cabível o emprego da analogia ou ampliações da lei penal, através da interpretação, para incriminar determinada conduta e trazer prejuízos ao sujeito ativo.

O Código Penal Brasileiro foi confeccionado na década de 40, não recepcionando, pois, valores oriundos dos avanços tecnológicos que fazem parte da sociedade contemporânea. Não se pode olvidar, portanto, que nossa vetusta Lei Penal não esteja preparada para salvaguardar de maneira efetiva e necessária o emergente e valioso bem social denominado informação. As leis

penais posteriores, por sua vez, não mostraram ser eficazes na repressão da nova modalidade delituosa e nem mesmo prevê a totalidade dos delitos informáticos.

Portanto, o que ocorre atualmente no país é um vácuo legal somente com previsões em Projetos e Anteprojetos de Lei que tentam criar figuras penais informáticas. Este fato causa uma instabilidade legal, gerando total insegurança e desordem no ambiente da rede.

A sociedade reclama, pois, ao Direito novos meios coibitivos e sancionadores dos abusos cometidos na Internet. E, à luz do novo contexto tecnológico, é preferível adotar uma atitude de maior prudência, e optar que referida matéria seja tratada em lei nova, sob pena de se ofender princípios constitucionais.

Contudo, quaisquer procedimentos legais que visem apagar o delito virtual, deverão estar em consonância com o direito à privacidade, bem como com o direito à informação, ambos recepcionados em nossa Carta Constitucional.

Ter-se-ia mais resultado se tal regulamentação se desse no sentido de prevenir e combater o ilícito informático, regulamentando os comportamentos que causam danos a bens valorados pela sociedade, evitando, dessa maneira, a repetição de tipos penais já previstos em nossa legislação e a criação de tipos que passem a ser inaplicáveis em decorrência dos avanços tecnológicos.

Os delitos virtuais que suscitarem conflito e indeterminação de competência jurisdicional deverão ser combatidos através de uma legislação universal, contando com a cooperação de todos os países, para que estas condutas delituosas não quedem sem punição, em razão da impotência de jurisdição territorial ou da ineficácia das leis nacionais no âmbito da rede. A referida legislação deverá ser firmada através de convenções e tratados internacionais, de ampla inclusão, no âmbito do direito internacional público.

Por conseguinte, a gestão da delinquência informática deve permitir uma interação jurídica e legislativa, nacional e internacional, como o intercâmbio de informações e de dados.

Diante do exposto, é inegável que estamos presenciando um período de intensa mudança nas relações sociais em nível mundial, que obrigatoriamente, deverá ser acompanhado pelo Direito.

A criação de uma legislação penal que preveja as infrações perpetradas através da rede é medida capital para proporcionar a segurança social, pois, a lei penal tem o condão de proteger os bens jurídicos, mesmo que não seja o único meio. É também preciso que a nossa polícia esteja amparada com instrumentos adequados para prevenir e combater o delito informático. A conciliação destes dois elementos, quais sejam, segurança e legislação aplicável, permitiriam a efetiva aplicação da justiça penal na Internet.

A autorização para saída temporária, diz o art. 124 da LEP, será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano. Ou seja, pela dicção legal, o preso que preencha os requisitos tem direito a 05 (cinco) autorizações de saída temporária por ano.

Conseqüentemente, o condenado que estivesse cumprindo pena no regime semi-aberto, pelo menos desde o início de 2004, provavelmente teria usufruído as cinco saídas temporárias quando do advento do Dec. 5.295 de 02.12.04. Sendo assim, qualquer que fosse o crime praticado (ressalvados os hediondos e assemelhados) e a quantidade da pena em execução, estivesse o preso no regime semi-aberto, aplicado inicialmente na sentença ou em virtude de progressão, estaria extinta a punibilidade. Isso após o cumprimento de 1/6 (ou 1/4 na hipótese da reincidência), acrescido apenas do tempo necessário à obtenção de cinco autorizações de saída temporária (um ano ou menos).

Como forma de recusar o perdão concedido pelo Presidente da República, alguns setores institucionais (do Ministério Público, Conselho Penitenciário, Judiciário⁵ etc.) desenvolveram a tese de que a saída temporária seria concedida, na verdade, uma única vez por ano, diluída em cinco autorizações que se renovavam de acordo com as circunstâncias. Com isso, ampliaram para aproximadamente cinco anos o período de cumprimento da pena no regime semi-aberto apto a absorver os efeitos do decreto presidencial que concedera indulto.

A interpretação é equivocada. O instituto da saída temporária, concedido apenas aos sentenciados que cumpram pena no regime semi-aberto, pressupõe que o comportamento do indivíduo, do ponto de vista familiar e comunitário, seja compatível com a vida em liberdade. A função declarada pelo sistema, em relação à pena privativa de liberdade, é a recuperação do cidadão para a vida em liberdade. O decreto presidencial de 2004, nesse aspecto, ao conceder indulto ao sentenciado que se encontrasse em regime semi-aberto, concluiu que a fruição de cinco saídas temporárias, sem anotação de falta grave, demonstraria que o apenado estava preparado para o retorno à sociedade livre, sendo iníqua despersonalização manter o sujeito encarcerado. O decreto condicionou o aperfeiçoamento do indulto, ademais, à manutenção dessa condição presumida pelos dois anos subsequentes, sob pena de revogação do benefício e retorno ao *status quo ante*.

Para reforçar esse entendimento, cujo juízo meritório e deontológico se encontra na esfera discricionária do Presidente da República, que possui, nesse aspecto, a mesma legitimidade constitucional-normativa que o legislador exerce no âmbito incriminador, deve-se observar a previsão análoga contida no art. 1º, V, do recente Decreto n. 5.620, publicado no DOU de 16.12.2005.

Dessa feita, o Presidente da República estabeleceu

requisitos mais rígidos para a hipótese ventilada no decreto natalino anterior. O indulto contempla, agora, os sentenciados do regime semi-aberto que tenham cumprido 1/3 ou 1/2 (conforme se trate de primário ou reincidente) de pena privativa de liberdade superior a 6 (seis) e não superior a 15 (quinze) anos, desde que usufruídas cinco saídas temporárias até 25.12.2005.

Se a interpretação correta acerca do instituto da saída temporária fosse aquela baseada na anualidade, a medida seria, no texto do novo decreto, inócua. A título exemplificativo: condenado a pena de 06 (seis) anos e um mês em regime inicialmente fechado. Progride para o regime semi-aberto com o cumprimento de 1/6 da pena (um ano e cinco dias), usufruindo, a partir daí, cinco saídas temporárias antes do cumprimento de 1/3 da pena. Após o cumprimento de 1/3 (dois anos e dez dias), apenas teria direito ao indulto, observadas as regras do Dec. 5.620/05, ultrapassadas mais quatro saídas anuais (acréscimo de cinco anos). Logo, teria direito ao indulto em período superior a seis anos, sendo que a pena aplicada era de seis anos e um mês. Além disso, após o cumprimento de 1/3 teria direito, também, a nova progressão para o regime aberto, escapando da incidência da norma benéfica.

Assim, a exegese sistemática dos decretos presidenciais que concederam indulto no final dos anos de 2004 e 2005 nos leva às seguintes conclusões:

1. O sentenciado que esteja no cumprimento de pena em regime semi-aberto tem direito a cinco saídas temporárias por ano, observados os requisitos legais;
2. O Presidente da República não pode conceder indulto aos condenados pela prática de crimes hediondos e assemelhados;
3. O sentenciado que se encontrava, em 03.12.2004, cumprindo pena no regime semi-aberto, tendo usufruído de cinco saídas temporárias compreendidas em qualquer período anterior, foi beneficiado com o indulto presidencial, devendo o Poder Judiciário limitar-se à declaração de enquadramento na situação normativa e fiscalizar o cumprimento das condições impostas ao aperfeiçoamento do benefício;
4. O sentenciado que se encontrava, em 16.12.2005, cumprindo pena superior a 06 e não superior a 15 anos, no regime semi-aberto, tendo cumprido 1/3 da pena se primário ou 1/2 se reincidente e usufruído de cinco saídas temporárias compreendidas em qualquer período anterior a 25.12.2005, foi beneficiado com o indulto.
5. No regime democrático constitucional brasileiro não se deve sobrepor, hierarquicamente, a lei incriminadora ou punitiva ao decreto indulgente.

Notas:

¹ Pode-se dizer que anistia, graça e indulto têm em comum o fato de representarem a renúncia do Estado ao exercício do *ius puniendi*, por meio do perdão da prática de infrações penais. A anistia, de competência da União e incluída no rol de atribuições do Congresso Nacional (art. 21, XVII c/c art. 48, VIII, CR/88), geralmente se destina ao perdão de crimes de cunho político, embora tal circunstância não seja da essência do instituto. O indulto e a graça são hipóteses de perdão concedido pelo Presidente da República, diferenciando-se pela natureza coletiva e individual desta. A comutação nada mais é que um indulto parcial. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 665. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2005, p. 789-790. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 512-514. JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 683-687. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 558-559.

² Francisco de Assis Toledo e Alberto Silva Franco apud MORAES, Alexandre et al. *Legislação penal especial*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 73.

³ STF, 1ª T., HC n. 71.643/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 25.11.1994, p. 32.301.

⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 172 apud MORAES, Alexandre et al. op. cit. p. 72.

Professor Charles D. Cole: § 1º - Não, acho que o Ministério Público brasileiro é provavelmente mais independente do que o Gabinete do Attorney General nos Estados Unidos.

§ 2º - Cada Estado americano tem o seu Attorney General. Eles são eleitos ou nomeados, dependendo do que cada Constituição Estadual dispuser. O nosso Attorney General federal é nomeado pelo Presidente como um oficial superior dos Estados Unidos, com o conselho e consentimento do Senado.

§ 3º - Todos temos que reconhecer que lidamos com política. A política é parte do nosso sistema e, francamente, de todo sistema em que há uma abordagem democrática, por que essa é a natureza da República democrática. Mas quando pensamos em um sistema político, temos que perceber que o sistema político americano é um dos nossos grandes bens; entretanto, é também uma das nossas maiores responsabilidades.

§ 4º - O Juiz Starr, atuando como Promotor de acusação independente autorizado pelo Congresso e nomeado pelo Attorney General, foi, na minha opinião, um pouco mais exuberante com essa investigação do que ele deveria ter sido. Ele gastou sessenta milhões de dólares investigando o Presidente Bill Clinton. Não há dúvidas de que o Presidente Clinton cometeu alguns erros, mas também não há dúvidas de que ele fez um excelente trabalho governando o nosso país. Então, as pessoas têm que reconhecer que há benefícios e prejuízos no umndo político.

§ 5º - Foi uma infelicidade que o Presidente Clinton estivesse envolvido com tantas preocupações, não somente aquelas preocupações extra-maritais, mas preocupações relacionadas à área de negócios. Fui informado por alguns amigos do Arkansas de que o Presidente Clinton não ganhou dinheiro algum com o desenvolvimento da transação White Water e não estava envolvido ilegalmente com ela. Acho que isso é provavelmente verdade. Se isso for verdade, Promotores de acusação independentes, como o Juiz Starr, podem ser um pouco independentes demais.

§ 6º - Em resposta à sua pergunta, em relação à independência da função acusatória do Promotor federal dos Estados Unidos, se comparado com o Ministério Público brasileiro, na minha opinião, o Ministério Público certamente é tão independente quanto o nosso Attorney General federal, apesar de não ser possivelmente tão independente quanto foi o Juiz Starr, enquanto este estava atuando como Promotor de acusação especial ou independente.

§ 7º - Eu sugeriria que o Promotor de acusação especial, como temos conhecido nos Estados Unidos, provavelmente não será restituído após o término da atual lei que determina a atuação do Promotor.

§ 8º - Não temos a independência do Attorney General, que é nomeado pelo Presidente, como a que vocês têm com o Ministério Público brasileiro. É possível imaginarmos um Attorney General nomeado pelo Presidente investigando o Presidente? Isso não parece certo. De fato, não é. Então, acho que o Ministério Público brasileiro é mais independente que o nosso Attorney General. Não digo que não é possível que uma investigação adequada possa ocorrer; mas, é certo que mesmo com o mais diligente Attorney General haveria sempre a questão sobre a sua lealdade ligada à pessoa que o nomeou para o cargo.

MPMG Jurídico: A comunidade Européia está tentando aprovar uma Constituição para o bloco. A população de países importantes, tais como a França já rejeitaram a idéia. Especialistas dizem que a Inglaterra seguirá o mesmo caminho. Baseado na história constitucional

Professor Charles D. Cole: § 1º - No, I think your Ministério Público is probably more independent than is the Office of Attorney General in the United States.

§ 2º - Every State has an Attorney General. They are elected or appointed, depending upon what the State Constitution provides. Our Federal Attorney General is appointed as a superior officer of the United States by the President with the advice and consent of the Senate.

§ 3º - We all have to recognize that we deal with politics. Politics is part of our system and quite frankly every system where there is a democratic approach because that is the nature of a democratic republic. But when we think of a political system, we must realize that the political system in the United States is one of our great assets; however, it is also one of our greatest liabilities.

§ 4º - Judge Starr, serving as the independent prosecutor authorized by Congress and appointed by the Attorney General, was I think, a bit more exuberant than he should have been with his investigation. He spent over sixty million dollars investigating President Bill Clinton. There is no question that President Bill Clinton made some mistakes but there is also no question that he did an excellent job governing our country. So, one must recognize that we get benefits and detriments in the political world.

§ 5º - It is just an unfortunate thing that President Clinton had been involved in so many, not just those extra-marital kind of concerns, but business-types of concerns as well. Quite frankly, I am told by some of my friends in Arkansas that Bill Clinton did not make any money out of the White Water development transaction and was not illegally involved in such. I feel that is probably quite true. If that is true, independent prosecutors, as Judge Starr, may be a bit too independent.

§ 6º - In answer to your question concerning the independence of the prosecutorial function of the Federal prosecutor in the U.S. as compared to your Ministério Público I believe your Ministério Público is certainly as independent as our Federal Attorney General, though possibly not as independent as was Judge Starr, while serving as an independent or special prosecutor.

§ 7º - I would suggest that the special prosecutor as we have known it in the United States will probably not be re-instituted after the current law providing for the prosecutor ends.

§ 8º - We don't have the independence of the Attorney General, appointed by the President, as you have with your Ministério Público. Can you imagine an Attorney General appointed by the President investigating the President? That just does not sound right. In fact, it isn't. Thus, I think that your Ministério Público is more independent than our Attorney General. This is not to say that it is not possible for an appropriate investigation to occur; but, it is certain that even with the most diligent Attorney General there would still be a question about the loyalty owed to the person that nominated and appointed him as Attorney General.

MPMG Jurídico: The European Community is now trying to approve a Constitution. Some important countries that are members of the EU have already rejected it, such as France. Specialists say that England is going to follow the same way. Based upon the American Constitutional history, is it fair to say that Europe is only going to succeed if it becomes a Federation? If not, why?

americana é justo dizer que a Europa somente conseguirá sucesso caso se transforme em uma Federação? Se entender que não, por quê?

Professor Charles D. Cole: § 1º - O que aconteceu, como você mencionou, foi que a França não ratificou o tratado que buscava estabelecer a Constituição. Acho que a Inglaterra também não votará, porque acredito que a Inglaterra sente que errou o alvo. Eles não tinham que votar o tratado, já que a França votou contra.

§ 2º - Acredito que aproximadamente 90% do que estava no tratado de Constituição já era aplicável à União Européia. A maioria dos meus colegas na Europa me indicou que a razão pela qual o povo francês votou contra o tratado de Constituição foi que, pela primeira vez, eles viram toda a atual legislação da União Européia em um documento. Eles viram o que havia sido decidido sobre a evolução da Comunidade desde a década de 50 e responderam que não concordariam em abrir mão de sua soberania daquela forma. Eu acredito que esta é provavelmente a razão pela qual o tratado de Constituição da União Européia não foi aprovado na França.

§ 3º - Agora, sendo este o caso, a questão é: a atual estrutura é uma matriz legal unindo as nações em uma espécie de bem comum de nações, verdadeiramente mais do que um acordo cooperativo de nações? Isso é suficiente? Isso pode ser suficiente para muitas coisas, pode ser suficiente para o comércio, para o reconhecimento de diferentes direitos de cidadania nas viagens de uma nação para a outra.

§ 4º - Na minha opinião, é mais difícil para a União Européia associar-se como uma união real do que foi para os Estados Unidos. Não é apenas pelo fato de que isso ocorreu há 217 anos. É o fato de que éramos simplesmente Estados, muito semelhantes a cidades-estados de certa forma. Já na União Européia, estamos falando de nações com longas histórias.

§ 5º - Todos os países da União Européia têm uma História longa e ilustre. Portanto, quando eles sentam-se e inteligentemente revisam o que uma união federada requer, por exemplo, abrir mão da soberania, é muito mais difícil para eles do que foi para nós. Nossos Estados não possuíam uma História como a que têm os países da União Européia. Não tínhamos o conceito de valorização do poder nacional que eles têm. Acho que será muito difícil.

§ 6º - Não tenho certeza de como o acordo será feito e não tenho certeza de quais serão as características do acordo. Tenho uma certeza relativa, entretanto, de que haverá ao final uma união mais próxima entre os países da União Européia do que a que existe hoje, e eu acho que isso não será em um futuro muito distante. Eu acredito que, se a União Européia deseja competir com a China e os Estados Unidos, eles não tenham muita escolha. Então, acho que haverá uma união mais poderosa e unida, seja ela o tipo de união federativa que nos leva a pensar nos modelos do Brasil e Estados Unidos ou não, eu não sei.

MPMG Jurídico: Em poucas palavras, o senhor é a favor ou contra a aplicação da doutrina de precedente vinculante na cultura constitucional brasileira?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Quando eu digo para vocês que eu sou a favor do precedente, é porque eu entendo o uso do precedente como o que ocorre nos Estados Unidos. Acho que a definição de precedente depende de como o país deseja usá-lo.

§ 2º - Por exemplo, nos Estados Unidos, demoramos um longo tempo para desenvolver o precedente vinculante que nós temos como base para estabilidade em nossa lei, e ele dá estabilidade à lei. Eu sou a favor da forma com que usamos o precedente vinculante e isso não é só porque nós o usamos. Eu sou favorável a ele porque ele funciona.

Professor Charles D. Cole: § 1º - What has happened, as you mention, France did not ratify the treaty that sought to establish a Constitution. I don't think England will vote on it because England feels like they have missed the bullet on this one. They didn't have to vote on the treaty because France voted it down.

§ 2º - I believe that approximately 90% of what was in that treaty constitution was already applicable to the European Union. Most of my colleagues in Europe have indicated to me that the reason that the people in France voted against the treaty Constitution was that for the first time they saw all the current EU law in one document. They saw what had been decided over the evolution of the Community since the 1950s and responded: "Gee, we don't agree with giving up our sovereignty in such a manner." I believe that is probably the reason the EU treaty constitution was voted down in France.

§ 3º - Now, that being the case, the question then is: is the current structure a legal matrix bringing the nations together in sort of a commonwealth of nations truly more than a cooperative agreement of nations? Is that enough? It may be enough for lots of things. It may be enough for trade; it may be enough for recognition of the different rights of citizenship in traveling from one nation to another.

§ 4º - I think it is more difficult, in my judgment, for the European Union to come together as a real union than it was for us in the United States. It is not just the fact that it was two hundred and seventeen years before. It is the fact that we were merely States, much like city-states in some way. But with the EU we are talking about nations with long histories.

§ 5º - All of the EU countries have long and illustrious histories. Therefore, when they sit and intelligently review what a federal union requires, i.e., giving up their sovereignty, it is much more difficult for them than it was for us. Our States did not have the history as found in the EU countries. We didn't have that appreciation of national power and they do. I do think it is going to be very difficult.

§ 6º - I'm not sure how the agreement will be made, and I'm not sure what the characteristics of the agreement will be. I feel relatively sure, however, that there will ultimately be a closer union in the European Union nations than the one which exists today and I think this won't be in a too distant future. I would suggest to you that if the EU wishes to compete with China and the United States, I don't think they have a lot of choice. So I think there will be a more powerful and closer union whether it is the kind of federated union that we think of in Brazil, or that we have in the United States, I do not know.

MPMG Jurídico: In short words, are you in favor or against the application of the precedent doctrine in the Brazilian constitutional culture?

Professor Charles D. Cole: § 1º - When I would say to you that I would be in favor of the precedent, it would be because I understand the use of precedent as it exists in the United States. I think that the definition of precedent depends upon the country that wishes to use it.

§ 2º - For instance, in the United States it took us a long time to develop the binding precedent that we have as a basis for stability in our law and it does provide stability in our law. I favor what we do in that regard and it's not just because we do it. I favor it because it works.

Há milhares de investigações criminais em andamento, realizadas pelo Ministério Público, pelas autoridades fiscais e outras autoridades administrativas. O eventual reconhecimento de exclusividade de apuração de infrações criminais para as polícias podem acarretar um colapso nelas, por não terem capacidade operacional, material e humana para receber tantas investigações, geralmente de alta complexidade, de outras instituições. Seria o equivalente a abandonar as polícias a própria sorte (1997, p.249).

Por fim, importante esclarecer que a decisão proferida pelo STF no julgamento do INQ. 1968, mesmo que proferida no sentido de impossibilidade de investigação criminal pelo *parquet*, só irá surtir efeitos inter partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. "Investigação criminal. Direito Comparado dá razão ao MP". Revista Consultor Jurídico. 01 de setembro de 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br>
FURTADO, Valter. "15 Razões para o MP investigar". Revista Conjur, 25 de maio de 2004. Disponível em: www.conjur.com.br
LIMA, Marcellus Polastri. "Ministério Público e Persecução Criminal". Ed. Lúmen Júris, 3º ed. RJ; 2002.
MARQUES, José Frederico. "Elementos de Direito Processual Penal". Ed. Forense. RJ; 1961.
PACHECO, Denilson Feitosa. "Direito Processual Penal. Teoria, crítica e praxis". Ed. Impetus. 3ª ed. Niterói; 1997.

3.4.3 A lei que pune não vale mais que o decreto que perdoo: breve reflexão sobre o indulto (Decretos 5.295, de 02/12/04 e 5.620, de 16/12/05)

Rodrigo Iennaco

*Promotor de Justiça em Minas Gerais
Mestre em Ciências Penais pela UFMG
Professor do Unileste/MG e
do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da UFJF*

Nós brasileiros adotamos o sistema presidencialista de governo. E, no caso, é opção popular consagrada diretamente no regime democrático (art. 2º, ADCT). O Presidente da República acumula funções de Chefe de Estado e de Governo, entre as quais a competência para conceder indulto e comutar penas, nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal.

A própria Constituição limitou o poder presidencial ao vedar a concessão de graça à prática de tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo e aos fatos definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII). Cuida-se, a propósito, de limitação inserida expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Ou seja, fora da exceção constitucional, aí incluídos os casos previstos na Lei dos Crimes Hediondos, que a complementa, os crimes são suscetíveis de graça (e anistia).

A Constituição fala em graça e anistia, silenciando quanto ao indulto¹. Há quem questione, por isso, a constitucionalidade da vedação de indulto aos crimes hediondos, prevista no art. 2º da Lei n. 8.072/90, ao fundamento de que seria inaceitável a proibição do indulto por lei ordinária, diante da norma do art. 84, XII, da CR/88, que atribui competência discricionária ao Chefe do Executivo².

O entendimento majoritário, inclusive encampado pelo STF³, é no sentido de que a proibição constitucional se refere à incompatibilidade axiológica entre a hediondez revelada em determinados crimes e as razões humanitárias em que se ancora a *clemencia principis*⁴, em qualquer das expressões de indulgência.

O fundamento do poder de graça, aí incluídas todas suas modalidades, reside na necessidade concreta de temperar os

De acordo com a Emenda nº.45 de 2004, que deu nova redação ao art.103-A da CF, o efeito vinculante só se dará caso seja aprovada súmula por mais de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional.

O certo é que, por tratar-se de questão de suma importância e relevância social, demanda-se, com urgência, em nome do princípio da segurança das relações jurídicas, uma decisão definitiva dos Tribunais Superiores.

A decisão final, porém, ainda não foi proferida, restando à sociedade refletir sobre os benefícios e malefícios de tal atuação do *Parquet*, maior defensor dos direitos fundamentais da coletividade, na atualidade.

rigores da punição excessiva ou iníqua, baseada sobretudo em razões de política criminal, que recomendam a extinção da punibilidade (art. 107, II, CP).

Baixado sob a égide da Resolução 16, de 17/12/2003, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança, causou celeuma o Decreto n. 5.295, publicado no DOU de 03 de dezembro de 2004. É que o referido decreto presidencial concedeu indulto aos condenados que se encontrassem cumprindo pena no regime semi-aberto, desde que tivessem usufruído pelo menos de cinco saídas temporárias (art. 122, I c/c art. 124, *caput*, ambos da LEP) e observadas duas condições: a) inexistência de falta grave nos 12 (doze) meses anteriores à publicação do decreto; b) manutenção de bom comportamento e ausência de indiciamento ou processo por novo crime doloso nos 24 (vinte e quatro) meses posteriores à formalização do benefício em audiência solene.

É evidente que penas aplicadas pela prática de crimes de considerável gravidade, ainda que inicialmente tivessem sido cumpridas em regime fechado, mas com progressão ao regime semi-aberto após a expiração de 1/6 ou 1/4 (conforme se trate de primário ou reincidente) da reprimenda, estavam sendo extintas pela indulgência presidencial.

Não é demais lembrar que o condenado que cumpre pena no regime semi-aberto tem direito a obter autorização para saída temporária para visita à família ou participação em quaisquer atividades que concorram para o retorno ao convívio social, desde que mantenha comportamento adequado e o benefício seja compatível com os objetivos da pena.

Por outro lado, a corrente favorável à investigação criminal realizada pelo Ministério Público demonstra que os argumentos trazidos à colação de inconstitucionalidade na investigação Ministerial, numa análise mais apurada, não resistem.

De fato, observa-se uma fragilidade das colocações.

Isto porque proceder à colheita de elementos de convicção a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é uma consequência lógica da própria função do Ministério Público de promover, com exclusividade, a ação penal pública (art.129, ICF).

Necessária a observância da Lei Complementar nº.75/93, em que se faz menção expressa no art.8, V, sobre a competência do membro do MP para realizar inspeções e diligências investigatórias. Tal artigo é explicativo, complementar e, com certeza, harmônico ao artigo 129, IX da Carta Maior. Interessante notar que a interpretação literal da Constituição, argumentando que a carta Magna não atribuiu explicitamente a investigação criminal, como o teria feito na seara cível, cede claramente em virtude de sua fragilidade explícita. Existe disposição constitucional que prevê outras funções, fora as descritas na CF (art. 129, IX). Existem outras normas que trazem essa previsão explícita (p. ex. o art. 8, V da LC 75/93; art. 18, XXI, “e”, art. 74, VIII, ambos da LCEMG 34/94, entre outros). Veja-se, entretanto, que na maioria dos países a questão é tratada como pano de fundo; verdadeiro pressuposto lógico daquele que possui a legitimação processual penal. É de se perguntar, portanto, por que apenas no Brasil, o país paladino dos direitos fundamentais individuais (em que o nível de corrupção e improbidade justificam) existe um flagrante achaque à atuação do *Parquet*? Estariam os incautos autores pensando no João Ninguém e na preservação de seus direitos individuais ou naquele que pode pagar (caríssimo) pela impunidade?

Já a afirmação, por sua vez, de que a função acusatória do Ministério Público é incompatível com a separação estrita das funções de acusação, instrução e julgamento, trata-se de uma equivocada analogia entre o processo penal brasileiro e o sistema do juizado de instrução vigente em muitos países europeus.

Inexiste no Brasil o chamado juizado de instrução, em que o juiz instrutor preside a investigação, com a formação de culpa à revelia da necessária imparcialidade que deve reger os atos judiciais. Ao contrário, na fase inquisitiva preparatória, não pode haver ingerência judicial a não ser em razão de medidas cautelares e controle de legalidade, sendo que o destinatário das investigações criminais, em caso de ação penal pública, conforme a norma constitucional insculpida no art. 129, I da lei Maior, é sempre o Ministério Público (LIMA, 2002. p.53).

Há de se entender que o Ministério Público é parte no processo penal. Não é ele e sim o juiz da causa quem deve ocupar ponto equidistante entre a acusação e a defesa.

Quanto à questão da imparcialidade, fato é que, sendo o Ministério Público parte formal na ação penal pública, não tem obrigação de agir com imparcialidade, mas sim com impessoalidade. A imparcialidade se espera do juiz, mas não da parte. Impossível, se imaginar, inclusive, a formação de convicção sendo obrigatória uma conduta imparcial.

Nesse sentido, o autor José Frederico Marques ensina:

Não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir

sobre a acusação: existiria, aí, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado (1961, p.40).

Perceptível também que o art. 144 da CF não institui exclusividade da investigação criminal em favor da Polícia, como fica claro com a leitura dos seus parágrafos 1º e 4º.

Pela melhor interpretação lógica e contextual de tal artigo, a exclusividade da Polícia Federal se dá em razão das demais polícias existentes, quanto ao exercício de Polícia Judiciária da União.

A menção à exclusividade, no art. 144, parágrafo 1º, IV, tem como único objetivo impedir a atuação das polícias Cíveis na esfera Federal, intuito confirmado pela ressalva da competência da União existente no parágrafo 4º (FONTES, 2005).

O art. 4º, § 4º do Código de Processo Penal acaba por resolver a questão ao dizer que a competência da Polícia Judiciária não exclui a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função, concluindo-se não haver monopólio pela Polícia Judiciária na investigação criminal.

Bom exemplo de investigações criminais presididas por outras autoridades administrativas seriam as CPIs dirigidas pelo Poder Legislativo e os Procedimentos Administrativos Disciplinares realizados pelo Poder Executivo. Se exclusiva a investigação criminal pela Polícia, como seriam esses possíveis?

Entender-se de tal forma, a partir de uma interpretação literal do art.144 § 1º, IV, significaria retirar do Ministério Público, principal destinatário da investigação criminal, a capacidade completa e eficaz de apuração dos fatos na formação de sua convicção, cerceando seu poder-dever de promover a Ação Penal Pública.

Portanto, “soa incoerente e de um formalismo extremo e contraproducente a idéia de negar ao MP a possibilidade de desenvolver procedimentos de investigação criminal, só porque carregam tal nomenclatura” (FURTADO, 2004).

Pela melhor interpretação do texto constitucional e de forma a tornar mais eficaz a fase da persecução criminal pré-processual, cabível e legal a possibilidade de o MP realizar diligências, em procedimento investigatório próprio, de forma a dar celeridade ao processo e melhor formar sua convicção.

Assim, ensina o autor Marcellus Polastri Lima (2002, p. 91), ao dissertar sobre a legalidade e legitimidade da realização de diligências investigatórias pelo MP:

Trata-se, à saciedade, de coleta direta de elementos de convicção pelo promotor para elaborar *opinio delicti* e, se for o caso, oferecimento de denúncia, uma vez que, como já asseverado, não está o membro do Ministério Público adstrito às investigações da Polícia Judiciária, podendo colher provas em seu gabinete ou fora deste, para respaldar a instauração da ação penal. (...) Portanto, recebendo o promotor notícia de prática delituosa terá o poder-dever de colher os elementos confirmatórios, colhendo declarações e requisitando provas necessárias para formar sua *opinio delicti* (2002, p.91).

Necessário ressaltar o alerta do autor Denílson Feitosa Pacheco (1997, p. 249), quanto ao retrocesso que poderá advir da declaração de exclusividade de investigação criminal pela polícia Judiciária:

§ 3º - Sob a égide da Emenda nº 45, a Suprema Corte brasileira tem autoridade para utilizar a súmula vinculante para assuntos constitucionais. Na minha opinião, isso significa que a Corte poderia tomar a decisão do que a súmula vinculante representaria para o Brasil. Deve ser totalmente diferente do que chamamos de binding precedent nos Estados Unidos.

§ 4º - Eu diria que as maiores razões, as duas grandes razões pelas quais eu sugiro o precedente vinculante como um conceito que seria útil para qualquer país são: primeiro, que ele significa estabilidade para a lei. A estabilidade da lei permite que não somente os advogados e juizes compreendam o que a lei significa, mas ela permite que as pessoas que tenham se envolvido de alguma forma com o sistema legal sejam aconselhados de forma adequada sobre a maneira que a Corte provavelmente decidirá o caso. Para mim, esse fator é muito importante.

§ 5º - Segundo, e para mim menos importante que o primeiro fator, é o fato de que nos Estados Unidos, como usamos o precedente vinculante, não há tantas ações frívolas ou sem propósito. Podemos ter precedentes vinculantes que controlem tipos de casos que nunca deveriam ir para a corte. O juiz pode decidir baseado no precedente vinculante que é lei e ter a base legal para extinguir casos que não deveriam ter iniciado.

§ 6º - Obviamente, há revisões dessas denegações e as revisões de apelação estabelecerão uma base para precedentes futuros naquele tipo de caso revisado. Não é um processo de uma só etapa. É um processo que construímos com um precedente anterior, nós refinamos aquele precedente com cada situação fática que seja análoga ao caso inicial, que deve ser controlado pelo precedente. Continuamos a trabalhar o precedente de forma que o refinamos e o tornamos mais compreensível e aplicável. Isso é o que fizemos com a ação afirmativa, que é um bom exemplo. Temos agora um precedente que podemos aplicar em instituições públicas que desejem ter uma diversidade em seu processo educacional.

§ 7º - Eu acredito que o precedente vinculante e o poder de revisão judicial melhoraram a nossa base para uma justiça igualitária nos Estados Unidos. O Brasil deve decidir o que a súmula vinculante significa dentro da realidade do país. Eu não seria tão pretensioso a ponto de dizer que o precedente vinculante é uma coisa maravilhosa para todos, em qualquer lugar, sempre. Ele é um conceito que funcionará se a cultura legal levar um tempo aprimorando o conceito de forma a servir propósitos construtivos válidos.

Nota:

¹ Ressalta-se que a entrevista foi realizada em 19 novembro de 2005 e as Emendas Constitucionais nº 49, 50, 51 e 52 foram promulgadas a partir de fevereiro de 2006.

§ 3º - Under the authority of amendment 45 your Supreme Court has the authority to utilize a “súmula vinculante” for constitutional issues. In my mind that means that the Court could make that decision as to what “súmula vinculante” should be for Brazil. It might not be at all like what we call binding precedent.

§ 4º - I would say that the biggest reasons, the two real big reasons that I would suggest binding precedent as a concept that would be helpful in any country is first that it is a means to give stability to the law. Stability of the law allows not only lawyers and judges to know what the law is, but it allows people who become involved in some way with the legal system to be advised properly as to the manner in which the court should decide a case. That to me is very important.

§ 5º - Secondly, and I think it is not as important to me but it is certainly important, and that is that we, in the United States, using binding precedent, do not have as many purposeless or frivolous law suits as do countries that do not use precedent. We can have a binding precedent that controls types of cases that should never come to court. The judge can decide based upon the binding precedent that is law and provide the legal basis to dismiss cases that should not have been filed.

§ 6º - Of course there can be reviews of those dismissals and those appellate reviews are going to establish a basis for further precedent on the type of cases reviewed. It is not a one-step process. It's a process where we build upon with an earlier precedent, we refine that precedent with each fact situation that is analogous to the prior case, which should be controlled by the precedent. We continue to build upon precedent in such a way that we refine it and make it more understandable and subject to application. That's what we have done with affirmative action, which is a good example. We now have a precedent that we can apply to public institutions if the institution wishes to have diversity in its educational process.

§ 7º - I believe that binding precedent and the power of judicial review has improved our basis for equal justice under the law in America. Brasil must decide what súmula vinculante means in the Brazilian reality. I would not be so pretentious to assert that binding precedent is a wonderful thing for everybody, everywhere, at any time. It is a concept that will work if the legal culture will take the time to develop the concept in a way to serve valid constructive purposes.

Note:

¹ Emphasize that the interview was done in november 19th of 2005 and the Constitutional Amendments nº 49,50, 51 and 52 were enacted after february 2006.

3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 A reforma eleitoral projetada



Edson de Resende Castro

O assunto do momento, na imprensa e no meio político é a prática do chamado “caixa 2” dos partidos políticos e das campanhas eleitorais. Consiste ele, em síntese, na arrecadação de recursos financeiros ou no recebimento de doações em bens ou serviços estimáveis em dinheiro, sem o correspondente registro contábil e, conseqüentemente, sem prestação de contas à Justiça Eleitoral. A disciplina legal da arrecadação e aplicação de recursos de campanha eleitoral (Lei 9.504/97 e Resolução TSE n. 21.609/04) impõe a candidatos e partidos políticos a emissão de recibos eleitorais aos doadores, mesmo quando a doação consistir em bens ou serviços, como também que os recursos financeiros sejam movimentados exclusivamente em conta corrente aberta especialmente para a campanha eleitoral. Ao final da campanha, a prestação de contas a ser submetida à Justiça Eleitoral deve refletir essa realidade de arrecadação e aplicação de recursos. O que ocorre com o “caixa 2” é que partidos e candidatos recebem recursos sem a emissão do recibo e sem depositá-los na conta corrente da campanha, portanto sem qualquer registro contábil, daí que ficam à vontade para a aplicação também ao largo de qualquer formalidade.

O curioso é que candidatos e partidos são levados à prática dessa conduta (que de resto caracteriza crime eleitoral, pois omitida informação à Justiça Eleitoral quando da prestação de contas art. 350, do Código Eleitoral) principalmente por temerem que a realidade do volume financeiro de suas campanhas leve à caracterização de abuso do poder econômico. Sem descartar a possibilidade de a falta de contabilização de certas doações ter como razão o interesse do candidato ou partido em manter no anonimato os doadores, nada mais justificaria a conduta, pois a legislação eleitoral pátria não impõe limite para os gastos de campanha. Ao contrário, dá aos partidos a liberdade de informarem à Justiça Eleitoral quanto pretendem gastar com cada candidatura.

A partir da revelação dos diversos casos de “caixa 2” praticados nas últimas campanhas eleitorais, iniciou-se significativo movimento para a reforma da legislação, na expectativa de criarem-se mecanismos que estanquem a odiosa prática.

Mas não tenhamos ilusão. Ando refletindo muito a respeito do assunto e a conclusão é que, se mantido o atual sistema (em que a fixação do limite de arrecadação é feita pelo próprio partido e a sofisticação da propaganda exige mesmo recursos milionários), pouquíssimas são as chances de o “caixa 2” ser apanhado pela Justiça Eleitoral no procedimento da prestação de contas.

É certo que no Estado Democrático de Direito não se justifica que a arrecadação de recursos para as campanhas não seja

acessível ao eleitor. Se é este o destinatário da propaganda eleitoral (porque cabe a ele decidir em quem votar), incompreensível que não possa o eleitor saber quem está a financiar o candidato que lhe pede o voto. Então, já é passada a hora de a arrecadação ser procedimento transparente, disponibilizando-se periodicamente, via Internet e pelos meios de comunicação de massa, e ainda durante a campanha, a relação dos doadores e dos respectivos valores. Quem resiste a isso revela inaceitável intenção de esconder dos seus eleitores as suas fontes de financiamento.

A par de medidas de tal natureza, como também a tipificação da conduta como crime eleitoral sancionado com pena privativa de liberdade que cumpra com sua finalidade de prevenção geral (pena que não permita a aplicação de institutos de despenalização, como transação e suspensão do processo), parece-me necessário partir para o controle do aspecto externo das campanhas eleitorais, com isso diminuindo a necessidade de arrecadação milionária. No atual modelo, a propaganda eleitoral é exageradamente sofisticada e se utiliza de recursos áudio visuais que em nada contribuem para a sua verdadeira razão de ser: o diálogo do candidato com o eleitorado, expondo-lhe as propostas para o exercício do mandato que se disputa. De fato, o eleitor necessita de ampla informação dos candidatos quanto às suas metas e planos de governo, como também de sua trajetória de vida, para decidir o voto de forma livre e consciente (a propaganda eleitoral informativa e verdadeira é direito do eleitor). O resto é pura pirotecnia, que, de um lado, embeleza e torna mais agradável a propaganda, mas, de outro, cria ilusão na mente do eleitor desavisado, levando não raro ao equívoco do voto.

Alguns meios de propaganda atualmente aceitos, e até regulados em lei, consomem cifras altíssimas e contribuem para a opção do partido ou candidato pela prática do “caixa 2”. Refiro-me à propaganda na TV, p.ex., com computação gráfica, montagens e cenas externas, com decisivo trabalho de marketing, sobrando muito pouco para a fala do candidato. Também os comícios com apresentação de artistas, que fazem do evento uma festa e nada de propaganda eleitoral. Baners, faixas, placas e cartazes nas vias públicas só causam poluição visual, porque se limitam à divulgação do nome do candidato, não expondo qualquer proposta e, portanto, não contribuindo em nada para a informação do eleitor. E tudo isso, como se sabe, custa muito aos cofres da campanha.

Vedando-se tais e outros meios de propaganda, como é uma das propostas de lei em tramitação na Câmara Federal, a conseqüência natural é a desnecessidade da corrida desenfreada pela arrecadação de recursos, ante o barateamento da campanha. Ataca-se o “caixa 2” de forma indireta e, melhor, oferece-se à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público efetivas condições de fiscalização e controle.

A diminuição do tempo de campanha, como se vem também propondo ao Parlamento, é outro assunto que merece profunda reflexão, a ser tratado oportunamente.

Edson de Resende Castro

*Promotor Eleitoral em Minas Gerais
Coordenador do CAO-Eleitoral do MPMG
Autor do “Teoria e Prática do Direito Eleitoral”*

como na negativa de substituição da pena aplicada. A Turma, por maioria, indeferiu o writ por reconhecer que, no caso, inquéritos e ações penais em curso podem ser considerados maus antecedentes, para todos os efeitos legais. Vencido o Min. Gilmar Mendes, relator, que, tendo em conta que a fixação da pena e do regime do ora paciente se lastreara única e exclusivamente na existência de dois inquéritos policiais e uma ação penal, concedia o habeas corpus. HC 84.088/MS, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 29.11.2005.

3.4.2 Breve análise dos argumentos sobre a possibilidade de investigação criminal realizada pelo Ministério Público

A legitimidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público é, atualmente, questão polêmica, não pacificada pela doutrina e pelos Tribunais Pátrios.

A Constituição da República de 1988 prevê em seu art. 127 que: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Observa-se uma significativa ampliação das funções da instituição, transformada pela Carta de 1988 em verdadeira defensora da sociedade, tanto no campo penal quanto no civil, tendo a titularidade da ação civil pública e, privativamente, a titularidade da ação penal pública (incisos I e III do art. 129 da CF).

Nesse contexto, cabe ao *parquet*, como parte, formar sua convicção, tornando possível a propositura da ação diante do Estado Juiz. A *opinio delicti*, por sua vez, dá-se por meio da investigação.

O poder investigatório do Ministério Público está previsto genericamente no art. 129, III, VI, VII e VIII e IX da Carta Constitucional.

Tais incisos enumeram expressamente atos de investigação que podem ser exercidos diretamente pelo Promotor, restando no inciso IX a possibilidade de ampliação do rol de funções institucionais, desde que compatíveis com a finalidade da instituição.

O inciso III dispõe expressamente sobre a capacidade de o Ministério Público exercer o poder investigatório na área civil. É sua função promover o inquérito civil, como instrumento voltado à apuração de atos que violem os interesses coletivos e posterior ajuizamento de ação civil pública em face dos responsáveis, sendo tal competência pacificada em toda doutrina e jurisprudência.

Quanto à possibilidade de investigação realizada pelo Ministério Público na área criminal, porque não há disposição expressa como acontece em relação à matéria civil, não se encontrou, ainda, decisão pacífica a respeito, sendo matéria controvertida nos tribunais.

Está em trâmite no Supremo Tribunal Federal o Inquérito nº.1968, em que há discussão a respeito da legalidade e possibilidade de o Ministério Público comandar diretamente a investigação criminal.

Nossos comentários: se o agente é presumido inocente, até que sentença definitiva o reconheça culpado (CF, art. 5º, inc. LVII), jamais inquérito policial ou ação penal em andamento pode ser considerado para efeito de antecedentes criminais. É grave esse equívoco da maioria votante da Segunda Turma do STF (Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Carlos Velloso). Isso constitui puro e bruto “poder punitivo estatal”. Não é exemplo de Direito penal.

Marcelo Cunha de Araújo

*Promotor de Justiça – MPMG;
Mestre em Direito Processual;
Doutor em Direito Constitucional.*

Patrícia Teixeira de Oliveira

Estudante de Direito da PUC-MINAS

Existem na atualidade, duas correntes, uma favorável e outra desfavorável à atuação investigativa do *parquet*, que determinam, de acordo com o seu entendimento, o que é mais adequado perante a sistemática adotada no ordenamento jurídico brasileiro.

A corrente doutrinária desfavorável à atuação do MP em investigações criminais fundamenta seu pensamento, em suma, em quatro afirmativas:

1. Inconstitucionalidade da investigação criminal realizada pelo *parquet*, porque incompatível com as competências e atribuições conferidas a ele pela Constituição Federal;
2. Necessidade de separação entre as funções de acusação, instrução e julgamento. Sendo o MP órgão incumbido da função acusatória, não lhe é permitido, portanto, o exercício de qualquer atividade de investigação criminal.
3. A Imparcialidade com que o Ministério Público deve atuar durante toda a persecução criminal, não podendo, a fim de não comprometer-la, realizar, diretamente, investigações preliminares.
4. O monopólio da investigação criminal assegurado à Polícia Judiciária pela norma contida no art.144 da Constituição Federal. Ao investigar, o Ministério Público estaria usurpando poderes conferidos exclusivamente à Polícia Judiciária, o que seria inconstitucional e contrário ao princípio da separação dos poderes.

Pelo que percebemos, após inúmeras vezes travarmos essa discussão com juristas contrários à investigação criminal do MP, é que, fora desses transcritos argumentos, a discussão se resume a uma enumeração casuística em que, na opinião do interlocutor, algum membro do Ministério Público teria agido com abuso de poder. Obviamente que, se tais casos existem, existe a forma processual e a autoridade competente que pode sanar essa falha; não sendo suficiente a enumeração de exemplos para comprovação de posição jurídica.

Sobre tais argumentos, concluem os adeptos à tal corrente que a atuação investigatória do órgão ministerial deve se restringir, na esfera criminal, apenas à requisição de diligências e de instauração de inquérito policial, conforme previsto no art. 129, VII da Constituição da República.

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Direito penal, Ciência do Direito penal e “poder punitivo estatal”



Luiz Flávio Gomes

Tradicionalmente utiliza-se a rubrica “Direito penal” numa dupla acepção: como conjunto de “normas” que constituem o ordenamento punitivo e como disciplina científica que tem por objeto o estudo sistemático do referido ordenamento. Talvez não houvesse equívocos se a locução “Direito penal” fosse utilizada para o primeiro caso e a de “Ciência do Direito penal” para o segundo. Maior clareza ainda se alcançaria (como ensina Zaffaroni) se porventura o Direito penal não fosse confundido com o (bruto) “poder punitivo estatal”, que nada mais significa que enfocar o Direito penal como mero instrumento de controle social (como poder punitivo), sem a observância dos limites ao *ius puniendi* contemplados no próprio ordenamento jurídico.

Direito penal, assim, é um conjunto de normas, mais precisamente de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. É, de outro lado, a área do Direito público que reúne todas as normas que cuidam do *ius puniendi* estatal. Sempre que a norma venha a disciplinar algum aspecto do *ius puniendi*, será de Direito penal. Ela pode ser primária ou secundária.

Norma primária é a que cuida do âmbito do proibido (quais condutas são proibidas, quais são determinadas); norma secundária é a que norteia o castigo (a sanção). A norma primária, por seu turno, possui dois aspectos muito relevantes: (a) o valorativo e o (b) imperativo. Toda norma penal primária existe para a tutela de um bem jurídico (de um valor) e, ao mesmo tempo, exige um determinado comportamento de todos (comportamento de respeito ao bem protegido).

Exemplo: da lei penal (art. 121 do CP: “Matar alguém”) extraímos duas normas penais (a primária: é proibido matar; e a secundária: pena de seis a vinte anos de reclusão). A norma primária (é proibido matar) possui dois aspectos (valorativo e imperativo): protege o valor vida e exige um determinado comportamento de todos (de respeito a esse valor, que não pode ser afetado desarrazoadamente, sob pena de incidência do castigo cominado).

Ciência do Direito penal é a disciplina que tem por objeto o estudo do ordenamento penal positivo (leia-se: das normas penais). A Ciência do Direito penal tem como função clássica conhecer, interpretar, sistematizar e criticar o Direito positivo, contemplando as normas já não do ponto de vista de sua estrutura formal externa, senão especialmente do seu conteúdo e fins que pretendem alcançar.

Poder punitivo estatal (bruto), por fim, é uma espécie de Direito penal paralelo. O verdadeiro Direito penal está regido por princípios e regras limitadores do direito de punir do Estado, que vêm sendo desenvolvidos desde o Iluminismo.

Ele tem como missão a tutela exclusiva de bens jurídicos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), que deve acontecer de forma fragmentária e subsidiária (princípio da intervenção mínima).

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da LFG, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais - www.lfg.com.br)

Exige a exteriorização de um fato (Direito penal do fato), que esteja previsto em lei (princípio da legalidade) e que seja concretamente ofensivo ao bem jurídico protegido (princípio da ofensividade).

Por esse fato o agente responde pessoalmente (princípio da responsabilidade pessoal), quando atua com dolo ou culpa (princípio da responsabilidade subjetiva) e, mesmo assim, quando podia agir de modo diverso, conforme o Direito (princípio da culpabilidade). De outro lado, esse agente nunca pode sofrer tratamento discriminatório (princípio da igualdade).

O castigo cabível não pode ofender a dignidade humana, ou seja, não pode ser degradante (princípio da proibição de pena indigna), não pode ser cruel, desumano ou torturante (princípio da humanização) e deve ser proporcional (princípio da proporcionalidade, que se exprime por meio dos subprincípios da individualização da pena, personalidade da pena, necessidade da pena, suficiência da pena alternativa e proporcionalidade em sentido estrito).

Direito penal é o que está regido rigorosamente por todos esses princípios, que se complementam. *Poder punitivo estatal* é o poder exercido por agentes públicos que se desvia desses princípios, aplicando-se a norma na sua forma bruta ou equivocada, ou seja, não lapidada. O Poder punitivo estatal faz do Direito penal um mero instrumento de controle social, desvestido de limites constitucionais.

O legislador é o sujeito do Direito penal (é o que produz as normas). O penalista é o responsável pela Ciência do Direito penal (é o que estuda e sistematiza o Direito penal normativo). Operador ou aplicador do direito é o agente do poder público que aplica o Direito penal, ora de forma constitucionalizada, equilibrando-se o *ius puniendi* com o *ius libertatis*, ora de modo bruto, fazendo imperar o “poder punitivo estatal”.

A Ciência do Direito penal (isto é, o penalista), para além de cumprir sua clássica função de estudar e sistematizar as normas penais, deve também assumir definitivamente seu papel crítico ante o (paralelo) “poder punitivo estatal”, que diariamente vai se alternando com a escorreita aplicação do Direito penal.

Vejamos um exemplo de poder punitivo estatal emanado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Em 29.11.2005, excepcionando-se o Ministro Gilmar Mendes, voto vencido, e o Min. Celso de Mello, ausente, decidiu-se:

Princípio da Não-Culpabilidade e Maus Antecedentes:

Concluído julgamento de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que indeferira igual medida ao fundamento de que o paciente, condenado por porte ilegal de arma (Lei 9.437/97, art. 10, §§ 2º e 4º) à pena de 3 anos de reclusão e 15 dias-multa, em regime semi-aberto, não preenche os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44, III, do CP, na redação dada pela Lei 9.714/98, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a sua folha de antecedentes penais v. Informativo 390. Alegava-se, na espécie, constrangimento ilegal consistente na fixação de regime inicial mais gravoso, bem

3.1.2 Os hipossuficientes e a taxa de inscrição em concursos públicos

Sérgio Soares da Silveira

Promotor de Justiça em Leopoldina-MG



Sérgio Soares da Silveira

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, no artigo 37, inciso I, estabelece que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”. Por seu turno, o inciso II do mesmo artigo de nossa Magna Carta dispõe que “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”.

Como se percebe, nosso ordenamento constitucional contempla os princípios do amplo acesso aos cargos públicos e da obrigatoriedade do concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, demonstrando que a todos se mostra possível a participação no concurso público, desde que restem preenchidos os requisitos legais.

Na lição sempre apurada do preclaro Alexandre de Moraes, existe “um verdadeiro direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, sendo o cidadão e o estrangeiro, na forma da lei, verdadeiros agentes do poder, no sentido de ampla possibilidade de participação na administração pública”.

No mesmo sentido temos o posicionamento do ilustre Prof. José Afonso da Silva:

A Constituição estatui que os cargos, empregos e funções são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, I, cf. EC-19/98). Há aí duas normas e dupla referência à lei. A primeira norma, que reconhece a acessibilidade a todos os brasileiros, é de eficácia contida e aplicabilidade imediata, de sorte que a lei a ela referida não cria o direito previsto, antes o restringe ao prever requisitos para seu exercício. Essa lei está limitada pela própria regra constitucional, de tal forma que os requisitos nela fixados não poderão importar em discriminação de qualquer espécie ou impedir a correta observância do princípio da acessibilidade de todos ao exercício de função administrativa.

Efetivamente, nosso ordenamento constitucional é expresso ao delinear os parâmetros a serem seguidos pelo legislador infraconstitucional quanto ao acesso aos cargos e empregos públicos, estando ele impedido de prever requisitos discriminatórios que venham restringir o acesso ao serviço público, à exceção de situações específicas inerentes a determinadas atividades, como ocorre na limitação de idade para determinados cargos públicos, lícita desde que possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal consubstanciado na Súmula nº 683.

2. Da taxa de inscrição como possível restrição à participação no certame

Cumpre-nos analisar, pois, a questão referente à cobrança de taxas de inscrição para a participação em concursos para provimento de cargos e empregos públicos. Por certo, a cobrança da taxa de inscrição, por si só, não macula o princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos, ou mesmo o princípio da isonomia. Ocorre que, em determinadas situações, a exigência do pagamento da taxa acaba inviabilizando a participação de vários candidatos, como ocorre com os hipossuficientes e desempregados em geral.

Se o concurso público visa a captação para o serviço público dos melhores profissionais, não nos parece coerente a diminuição do número de candidatos por conta de sua impossibilidade em arcar com o pagamento da taxa de inscrição. Haveria, *in casu*, ofensa ao princípio da ampla acessibilidade e também da isonomia, porquanto, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “a igualdade de todos os brasileiros perante a lei veda exigências meramente discriminatórias, como as relativas ao lugar de nascimento, **condições pessoais de fortuna**, família, privilégios de classe ou qualquer outra qualificação pessoal”. (grifo meu)

Destarte, a única forma de conciliarmos os princípios do amplo acesso aos cargos e empregos públicos e da isonomia com a exigência do pagamento de taxa de inscrição é a previsão, no edital do concurso público, da isenção do pagamento da taxa para os candidatos hipossuficientes, que comprovarem tal condição no ato da inscrição.

Em Minas Gerais, a Lei nº 13.392/99 estabelece que nos concursos públicos do Estado serão isentos do pagamento da taxa de inscrição os candidatos que comprovarem a condição de desempregados. Referida lei deve servir de parâmetro aos municípios, adotando estes o mesmo posicionamento em relação aos concursos municipais, sob pena de flagrante ofensa aos princípios constitucionais acima citados e imediata atuação do Ministério Público, seja por meio da expedição de recomendação, seja com o uso da ação civil pública.

O Tribunal de Justiça mineiro, em sede de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual em ação civil pública originária da comarca de Betim, autos nº 1.0027.04.005110-7/001(1), acórdão datado de 23/09/2004, acolheu o posicionamento aqui defendido, em acórdão unânime relatado pelo Desembargador Moreira Diniz, cujo voto transcrevo em parte, a título de ilustração:

A plausibilidade do direito restou constatada na espécie, através do documento de fl. 20 e do edital de fls. 21/29, os quais demonstram a exigibilidade do pagamento da taxa de inscrição, do valor de R\$20,00, o que pode, a princípio, caracterizar lesão ao princípio da isonomia e do amplo acesso aos cargos públicos, conforme manifestado pelo agravante. Tal plausibilidade é clara, na medida em que é fundamento básico de um concurso público o respeito às condições de cada candidato, e a garantia de acesso a todos, indistintamente, adotando a Administração pública as medidas cabíveis para proteger e fazer valer tais princípios.

3. Conclusão

Compete, pois, ao Ministério Público, na forma do artigo 129, inciso II da Constituição Federal, assegurar que os direitos da população sejam respeitados, impedindo que grande parte dela, carente de recursos financeiros, seja discriminada e alijada da possibilidade de concorrer a empregos ou cargos públicos pelo simples fato de não disporem de recursos para o pagamento da taxa de inscrição do concurso.

4. Bibliografia

1 - MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 822.

2 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 663.

3 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 373.

3.1.3 Vieses da contratação direta sem licitação: necessidade e regularidade no procedimento

Paulo Roberto Moreira Cançado

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

O tema consiste em abordar a complexidade que é decidir e proceder, com razoabilidade, proporcionalidade, segurança e eficiência, a contratação direta de obras, serviços, compras ou alienações sem licitação. A Carta da República, no art. 37, inciso XXI, coerente com o Estado Democrático de Direito, impõe que haverá licitação pública para os contratos da administração, assegurada igualdade de condições a todos, com cláusulas de pagamento, mantidas as condições das propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A teor do comando constitucional, de forma não cumulativa, compete à União, *ex vi* do art. 22, inciso XXVII, regular o dever de licitar, inclusive com primazia de fixação de excepcionar as restritas hipóteses desse não-procedimento vinculado. Na motivação, devem estar desvelados os valores e princípios protegidos, especialmente, da legalidade, impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, apontados no art. 3º da Lei Licitação - LL.

A doutrina administrativa, interpretando o citado art. 37, inciso XXI c/c 173, § 1º, II, da CF, entende que toda Administração Pública brasileira, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios está obrigada a licitar. Quanto às sociedades de economia mistas e às empresas públicas exploradoras de atividade econômica, a exceção recai, unicamente, às hipóteses de o certame contrapor às suas atividades negociais - atividade-fim -, *a contrario sensu*, apreende-se da inteligência do parágrafo único do art. 2º da LL, aplicável às atividades-meio, como a de adquirir, montar, reformar ou alienar suas instalações ou equipamentos.

O intuito maior é abordar, ainda que de forma sucinta, quais são as circunstâncias em que não licitar se torna obrigatório, perquiridos os pressupostos lógicos, jurídicos e fáticos existentes, tais como limitação do mercado e desinteresse dos convidados.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 LL, ao estabelecer as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, explicitou no art. 2º, que as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, são necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas em lei, quais sejam, as contidas nos arts. 17, 24 e 25 do citado diploma legal.

A alienação de bens da Administração Pública é regulada pelo art. 17 desta lei, que condiciona apresentação de justificativa do interesse público, precedida da avaliação prévia, excetuado, essa última, em relação aos bens imóveis, no inciso I (se o agente da Administração for pessoa jurídica de direito público, para qual será exigida lei autorizativa), e referente a bens móveis, no inciso II. Ambos os casos tratam de licitação dispensada.

Destaque-se, na espécie, que a Lei Complementar nº 101/2000, no art. 44, veda a aplicação de receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e própria dos servidores públicos. Ademais, referida Lei de Responsabilidade Fiscal, nos arts. 15 c/c 16, *caput* e § 4º, fixa que para empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras, tratando-se de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, é condição prévia haver declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. Com a inobservância dos preceitos, a despesa ou assunção de obrigação será considerada não-autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público.

Nas licitações dispensadas previstas no art. 17, o interesse da Administração é ceder parte do seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços. Ao contrário, o art. 24 da LL figura a Administração como compradora ou tomadora de serviços. As situações arroladas nesses dispositivos são apenas permissivas de conduta, ou seja, não impõem nem proibem ao administrador que estará jungido ao interesse público para decidir. Trata-se, tão-somente, de uma faculdade, diante do conflito entre os valores tutelados pelo Direto, promovendo a licitação se entender conveniente, visto que a Constituição tutela outros princípios além da igualdade de competição.

A melhor doutrina administrativista vem conceituar como *licitação dispensada* as referidas no art. 17, incisos I e II, e art. 24, incisos I e II, as quais não se submetem ao rito do art. 26 da LL. Ao revés, são *licitações dispensáveis* as demais hipóteses insculpidas no art. 24, compreendendo os incisos III ao XXIV, cujas adoções, para eficácia, condicionam-se ao cumprimento das formalidades estabelecidas no art. 26, que, entre outras, requer comprovação do interesse público por meio de justificativa, comunicada à autoridade maior do órgão, que a ratificará no caso de concordância e promoverá publicação na imprensa oficial.

B) Artigos

3.3.3.3 RADAMÉS DE SÁ, Djanira Maria e PIMENTA, Haroldo. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. In Revista de Processo., nº 133, ano 31 março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 136-149.

Os professores da UNIMINAS (Uberlândia MG) Djanira Maria Radamés de Sá e Haroldo Pimenta fazem um estudo detido e sistematizado acerca das implicações e mudanças ocorridas no sistema processual civil com a inclusão do art. 285-A ao CPC.

Os autores demonstram a sua preocupação com o chamado fenômeno “de aceleração da prestação jurisdicional e da redução de feitos submetidos aos tribunais” em contraposição “às garantias preservadoras da unidade lógica e científica do sistema (p. 136).

Entre outras alterações trazidas, o art. 285-A, *caput*, permite que “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total

improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

Para os professores que assinam o presente trabalho, a “exegese da norma sob comento denuncia a existência de, pelo menos, quatro vícios de natureza constitucional, todos de natureza insanável” (p. 137) e, assim, “espera-se que, escudados na feição dispositiva da regra jurídica processual, recusem-se os membros do Poder Judiciário a seu cumprimento, o que garantirá a hegemonia do sistema processual civil brasileiro à luz de suas garantias constitucionais” (p. 148).

3.3.4 Jurisprudências da área

3.3.4.1 TJRS, 7ª Câmara Cível. Reconhecimento judicial de união homoafetiva com base no princípio da dignidade humana

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A

união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70012836755, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 21.12.2005).

3.3.4.2 TJMG, 16ª Câmara Cível. Aplicação da teoria da aparência em sede contratual. Responsabilidade civil solidária da pessoa jurídica pelos danos causados por empresa que age “aparentemente” em seu nome

EMENTA: COMPRA E VENDA. VEÍCULO. CONSÓRCIO. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. TEORIA DA APARÊNCIA. PUBLICIDADE. PROVA. Comprovado que a empresa permitia a divulgação de propaganda da administradora de consórcio vinculando-a à sua pessoa jurídica, que goza de

prestígio no comércio local, capaz de exercer influência na manifestação de vontade do consorciado e inspirando confiança no resultado prometido pela administradora, deve aquela responder pelo prejuízo causado (TJMG, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2.0000.00..510428-1/000, Rel. Des. Batista de Abreu, j. 21.09.2005).

3.3.4.3 TAMG, 5ª Câmara Cível. Sentença sem assinatura do juiz monocrático não pode ser declarada nula em sede recursal quando o Relator do recurso determina o retorno dos autos à 1ª instância e o magistrado aposta a sua assinatura

EMENTA: INDENIZAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. PRELIMINAR REJEITADA. PROTESTO DE TÍTULO POR FALTA DE PAGAMENTO. QUITAÇÃO. NEGATIVAÇÃO QUE, MESMO APÓS O PAGAMENTO DA DÍVIDA, PERMANECEU. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Rejeita-se preliminar da sentença porque ela se encontrava apócrifa, mas, em cumprimento de determinação deste Relator, cancelada encontra-se a decisão de 1º Grau. 2. O cancelamento do protesto, regulamentado pela

Lei nº 9.492/97, art. 26, § 1º, pode ser requerido por qualquer interessado munido dos documentos que comprovam a quitação do débito, não providenciou a desnegativação de seu nome, mostrou-se desidioso, não podendo pleitear indenização por danos materiais, morais e lucros cessantes. 3. Apelação a que se nega provimento (TAMG, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 390.189-9, Rel. Juiz Francisco Kupidowski, j. 05.06.2003).

Pelo expendido acima, verifica-se que as tutelas fundamentais de acesso ao Poder Judiciário, da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF/88).

Referências Bibliográficas:

- ¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3.ed. São Paulo: RT, 2004.
⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil*, v 1, 5. ed. São Paulo: RT, 2002.

3.3.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.3.1 DESTEFENNI, Marcos. **Natureza constitucional da tutela de urgência.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 382

Trata-se de uma bela obra que busca dissertar com acurado grau de sistematização e conhecimento teórico as questões relativas à “eficiência da prestação jurisdicional” (p. 20).

Escreve o jurista:

Por essas e outras razões, a idéia principal do presente trabalho foi demonstrar a natureza constitucional da tutela de urgência, como forma de se refletir sobre a

validade ou não das restrições ao poder de prestar a tutela de urgência. Obviamente, a preocupação é com o futuro do direito processual. (p. 21).

Mas não é apenas isso. O livro também se destaca pela qualidade e pertinência dos temas propostos em cada um dos seus capítulos, sempre analisados à luz do acesso à ordem jurídica justa preconizada pelo art. 5º, XXXV, da CF/88.

3.3.3.2 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; MAZZEI, Rodrigo e RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 550

Os professores Rodrigo Mazzei (mestrando pela PUC-SP), Daniel Amorim Assumpção Neves (mestre e doutor pela USP), Rodrigo da Cunha Lima Freire (mestre e doutor pela PUC-SP) e Glauco Gumerato Ramos (mestrando pela PUC-SP) são os autores desta recente obra jurídica em que se analisa, com profundidade, os aspectos das últimas modificações introduzidas na legislação processual civil brasileira na Reforma do CPC, efetuadas pelas Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.

Com anotações sobre cada um dos dispositivos legais alterados ou acrescentados, a obra tem o propósito de colaborar

com todos os operadores do Direito, o mais rapidamente possível, na compreensão das inovações trazidas, às vezes objeto de perplexidade por parte dos estudiosos.

Todos os temas da reforma efetuada pelas novas leis foram abordados: agravo, sentença (conceito, cumprimento e liquidação), prescrição, competência, meios eletrônicos, súmula impeditiva de recurso, resolução imediata do processo e medidas de urgência na ação rescisória.

Há, durante o livro, a citação de grande número de precedentes jurisprudenciais, abordando os autores como as reformas processuais deverão influenciar as ações em curso e os novos processos judiciais.

Examinando as hipóteses de licitações dispensáveis, merecem comentários, em análise perfunctória, os seguintes incisos abaixo destacados:

a) **obras ou serviços de engenharia de valor até 10% do limite do convite (inciso I):** o acréscimo contratual de que trata o art. 65, § 1º, da LL, nessa circunstância, não poderá extrapolar esse limite;

b) **casos de emergência ou calamidade pública (inciso IV):** é importante se distinguir a emergência “real”, derivada da imprevisibilidade, daquela resultante da desídia ou inércia do administrador. Todas, a meu visio, em face da situação de urgência do atendimento e do risco, reclamam a contratação direta, pelo prazo máximo de cento e oitenta dias, como meio adequado, sem prejuízo de se aplicar ao responsável pela falha administrativa sanções disciplinares compatíveis, apuradas por meio do devido processo legal e da ampla defesa.

c) **licitação deserta ou fracassada que não possa ser repetida (inciso V):** dita contratação somente será legítima se adimplidos: ter ocorrido licitação anterior; ausência de interessados - compreendendo todos aqueles que compareceram e tiveram condições para contratar (configurada deserta, pelo não-comparecimento de licitantes, ou fracassada, a qual havendo comparecido interessado, não houve habilitação ou apresentação de proposta válida); risco de prejuízo caracterizado ou aumentado pela demora de novo certame; evitabilidade de prejuízo, e, ainda, manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior;

d) **preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes (inciso VII):** sugere-se a aplicação do disposto no art. 48, inciso II e § 3º, da LL. Aqui, diferentemente do inciso V, em estudo, desnecessária a caracterização de risco à Administração; na repetição, é obrigatório solicitar nova propostas;

e) **nas aquisições de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade pública (inciso VIII), na compra locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração (inciso X), nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e perecíveis (inciso XII); nas contratações de associação de portadores de deficiência física (inciso XX e nas contratações de empresa pública ou sociedade de economia mista, com suas subsidiárias e controladas (inciso XXIII):** em todas situações arroladas a lei exige que o preço seja compatível ao praticado no mercado, instruído o procedimento com ampla documentação e detalhamento dos parâmetros adotados.

Por último, tem-se permitida a contratação direta quando a **licitação é inexigível**, por ser inviável a competição, em virtude de pressupostos lógicos ligados à impossibilidade de serem comparados itens heterogêneos ou inexístirem concorrentes. Sem embargos, o art. 25 da LL vem exemplificar três hipóteses de inexigibilidade - fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e atividades artísticas. A aplicação do instituto não prescinde da justificado do preço, proibido, em qualquer caso, o superfaturamento, ainda que se tratando de inviabilidade de competição.

Com efeito, sobre licitação inexigível, impõe-se dar destaque aos casos retratados nos incisos I e II do citado art. 25. No tocante ao primeiro: o objeto da contratação refere-se a compras, vedado para obras ou serviços; sendo defesa a indicação de marcas, a princípio; o contratado - o fornecedor do produto -

deve ser exclusivo, havendo a hipótese de sê-lo somente no local, dependendo do vulto da aquisição. Para comprovação, a exclusividade é aferida por junta comercial, sindicato, federação ou confederação patronal ou entidade equivalente (por meio de certidão, em papel timbrado se emitida por órgão oficial, ou por meio de atestado, com assinatura reconhecida em cartório, em se tratando de instituição privada). É possível aferir-se exclusividade consultando o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, para aquisição de materiais ou equipamentos, não sendo o suficiente para comprovação no caso de fornecedor no local, reclamando, nessa circunstância, documento proveniente do registro do comércio e não da indústria ou do produtor.

Em seqüência, no tocante ao inciso II do art. 25, o serviço técnico de natureza singular será contratado se relevante à Administração, satisfatório às suas necessidades, sendo, inquestionavelmente, o mais indicado se comparado a outros. Disso decorre que ao Administrador cabe comprovar o caráter essencial e mais adequado da contratação a qualificação incomum não podendo o dispositivo ser aplicado quando o serviço ou a atividade apresentar-se vulgar, corriqueiro, trivial.

Discorrendo quanto à inteligência do inciso II, em destaque, a inviabilidade de competição pode ocorrer quanto ao objeto de contrato (arrolados os serviços técnicos singulares no art. 13 da própria lei, com exceção aos de publicidade ou divulgação, que deverão ser licitados) ou quanto ao contratado (detentor de especialização notória e da habilidade pertinente ao objeto, aferidas pelo desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, etc).

Nesse passo, para se alcançar a verdade jurídica de subjunção dos fatos à regra geral, sem desconsiderar todos os aspectos ontológicos existentes, o ponto de partida é proceder à realização da despesa pública compreendendo o interesse público sem ignorar a dialética e os valores que informam o impasse jurídico quanto à pluralidade de objetos e de ofertantes. A esse respeito, desafio preliminar é definir-se, com precisão, o objeto da contratação e a qualidade que se pretende, podendo, inclusive, adquirir produtos exigindo especificação completa do bem, de acordo com as regras da ergonomia ou apresentação, pelo licitante, da amostra do produto.

São fases de procedimento para dispensa ou inexigibilidade de licitação: autuação do processo numerado (art. 38, caput); indicação do objeto (art. 7, § 2º c/c 9º e 14), elaboração da minuta; elaboração dos pareceres técnico e jurídico, contendo justificativa do ato, razão da escolha do fornecedor e justificativa do preço; identificação dos recursos orçamentários; decisão sobre licitar ou não; comunicação à autoridade máxima; sua ratificação; publicação; **empenho prévio**; assinatura do contrato e documentos ligados à sua execução, recebimento/cumprimento do objeto, pagamento das faturas atestadas pelos executores dos contratos; recibo de entrega/ laudos circunstanciados.

Todas as precauções quanto à matéria são indeclináveis, visto que a Lei nº 8.429/92, art. 10, inciso VIII, estabelece constituir ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao erário, a ação ou omissão, dolosa ou culposa, que fruste a licitude de processo licitatório ou que a dispense indevidamente. Nesse sentido, a Carta Magna, no art. 37, §§ 4º e 5º, prevê que, havendo ato de improbidade administrativa, o servidor fica sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, sendo imprescritível a ação do ressarcimento por ilícitos

Na esfera penal, o art. 89 da LL define como crime dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, apenável com detenção de três a cinco anos e multa.

Em conclusão, pretendendo abordar o tema delicado que é contratar sem licitação, buscou-se pôr em pauta que somente diante de pressupostos lógicos, jurídicos e fáticos, como a de limitação do mercado ou a de desinteresse dos convidados, pode a Administração, por meio de procedimento formal, ao perseguir o interesse público maior, decidir pela não-aplicação da regra geral, que é o dever de licitar.

As hipóteses taxativas de licitação dispensada ou dispensável a que se referem os arts. 17 e 24 da LL permitem ao Administrador proceder ao exame e confronto entre os princípios fundamentais da Constituição e o da igualdade de participação que se traduz na competição, condicionado à supremacia do interesse maior coletivo prevaleça sobre o privado na decisão.

O art. 25 do mesmo diploma, em direção diferente, enumera, de forma não-exaustiva, algumas situações que, diante do caso concreto, é possível promover contratação direta se reconhecida a inviabilidade de competição diante da singularidade do objeto ou por haver um ofertante. Frise-se que, somente diante de fatos inegavelmente incontestáveis, em caráter estritamente excepcional, é que se pode realizar a despesa pública sem licitar. Ponderar e promover a dialética na interpretação da lei é uma forma de obter controle e decisão pretensamente correta, afastando-se a discricionariedade.

Na assimilação dos procedimentos típicos para decisão de se contratar obras, serviços, compras ou alienações sem licitar, deve prevalecer o argumento mais forte, que se apresente irrefutável ao interesse público. Sob a presente afirmativa, o art. 26 da LL fixa - para as dispensas previstas nos §§ 2º a 4º do art. 17

e nos incisos III a XXIV do art. 24, e nas situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas - a obrigação de constar, em instrumento, todos os elementos que caracterizam a situação, a razão da escolha, a justificativa do preço e apresentação de documentos de aprovação.

Ao condicionar à necessidade de ratificação desses atos de dispensa ou inexigibilidade, a autoridade máxima do órgão, ao examinar o processo, pode reconhecer a existência dos pressupostos para a contratação direta, ratificar o ato e, dentro de cinco dias, efetivar a publicação na imprensa; verificar não estarem preenchidos os requisitos, anular a decisão do órgão inferior; ou solicitar melhores esclarecimentos, por entendê-los incompletos, devolvendo os autos à sua origem.

Em face do que se expôs, pode-se afirmar premissas no seguinte sentido:

a) que os princípios insitos no art. 3º da LL, somados aos da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência são indispensáveis para influir na decisão do administrador em se contratar direto sem licitação. A finalidade de se realizar negócio mais vantajoso ao interesse público, em regra, guarda compatibilidade em assegurar aos administrados a igualdade de competição. Havendo impossibilidade de harmonização na decisão, prevalece o pressuposto jurídico maior, devendo o Administrador aplicar ao caso o disposto no caput do art. 25, se não tipificadas as hipóteses dos incisos I a III deste artigo ou aquelas taxativamente arroladas nos arts. 17 e 24.

b) ao agente público cabe, permanentemente, rever os padrões metodológicos, capazes de conduzir a presente racionalidade jurídica, e lidar com a enorme gama de situações, as quais requerem treinamento permanente de recursos humanos, principalmente para assegurar que o objeto seja definido com precisão e qualidade.

Os fundos de *private equity* e de *venture capital* são investidores de longo prazo em empresas na sua fase inicial, que, por acreditarem no empreendimento, permanecem longo prazo investidos e, quando as empresas vão para o mercado, vendem suas posições. Empresas que recentemente vieram para o mercado de ações contaram com o apoio desses fundos, como é o caso da Gol, Tam e Natura.

A permanecer essa situação, uma pergunta surge de imediato: quem vai querer ser conselheiro de administração ou diretor? É claro que há um tipo de seguro que cobre essa demanda, o chamado D&O (*directors and officers*), cujo custo (variável de acordo com o risco) é coberto pela empresa, onerando-a. O fato de existir tal tipo de seguro não justifica o uso da desconconsideração da personalidade jurídica tal como vem sendo praticado.

Por outro lado, essa situação está provocando reações. Existem três projetos de lei em andamento na Câmara dos Deputados regulando a adoção da desconconsideração da personalidade jurídica. São os projetos de autoria dos deputados federais Ricardo Fiúza (PL 2426/03), Marcelo Barbieri (PL 5140/05) e Geraldo Resende (PL 5328/05). O teor de tais projetos poderá ser obtido no site da Câmara, onde também poderá ser obtida informação a respeito do atual estágio de tramitação deles.

O Projeto Fiúza visa regulamentar o artigo 50 do Código Civil e, em sendo aprovado, uma vez convertido em lei, aplicar-se-á a todos os processos judiciais em curso, qualquer que seja a sua natureza: cível, fiscal ou trabalhista. Os dois outros tratam especificamente da Justiça do Trabalho.

Algo tem que ser feito.

3.3.2 Análise das tutelas cautelar e antecipada

Juliana Caetano de Paula

Técnica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

As diversas ondas renovatórias do processo civil buscam a efetiva prestação jurisdicional e o acesso à justiça. As tutelas cautelar e antecipada são formas de garantir a eficácia da prestação jurisdicional. Possuem princípios em comum, quais sejam: a revogabilidade, a fungibilidade, a contracautela e a proporcionalidade.

A tutela cautelar, também conhecida como tutela assecuratória, visa a garantir e dar segurança ao processo existente, ou que será proposto. Pode apresentar um procedimento específico, que são as cautelares nominadas ou típicas, ou, ainda, utilizar-se do procedimento comum das cautelares (arts. 802 a 811, CPC), que são as cautelares inominadas ou atípicas. A constrição surgirá com a efetivação da tutela cautelar que, se for preventiva, determina um prazo de 30 dias para ser proposto o processo principal (art. 806, CPC).

Para a concessão da cautelar é necessária a presença do *fumus boni juris*, que é a plausibilidade, a possibilidade de existência do direito ao processo principal, bem como do *periculum in mora*, que é a probabilidade de haver dano para uma das partes, até o julgamento final da atual ou futura ação principal. Pode ser requerida pelas partes ou concedida *ex officio* pelo juiz.

Importante dizer que existiu a cautelar satisfativa, que visava a satisfazer a pretensão da parte. É de se ver que a própria denominação cautelar satisfativa, em si mesma considerada, já era contraditória, uma vez que o processo cautelar apenas assegura direitos. Ocorre que essa celeuma restou solucionada com a Lei nº 8.952/94, que criou o instituto da tutela antecipada, que é um adiantamento da tutela de mérito, buscando satisfazer o direito da parte. Dessa forma, a cautelar satisfativa, que era uma deturpação das cautelares, viu-se substituída pela antecipação de tutela.

A antecipação de tutela é um instituto que possibilita ao autor, desde que preenchidos os requisitos legais, obter antecipadamente os efeitos do provimento jurisdicional que somente seria alcançado com o trânsito em julgado da sentença definitiva de mérito. Pode ser concedida liminarmente, mediante cognição sumária, baseada na prova documental trazida pelo autor na inicial, ou no curso do processo, até a prolação da sentença.

São requisitos obrigatórios: a prova inequívoca da verossimilhança, que é juízo de probabilidade de acolhimento das alegações deduzidas pelo autor em sua inicial, e reversibilidade, que é a possibilidade de desfazer os efeitos concretos gerados pela

decisão provisória (art. 273, *caput*, e §4, CPC). Ressalte-se que a análise da verossimilhança encontra-se no campo da mera plausibilidade, sendo cognição sumária, incompleta.

Além dos requisitos obrigatórios, é preciso que o interessado na antecipação da tutela preencha pelo menos um dos requisitos alternativos, quais sejam: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, CPC). Percebe-se que o art. 273, I, do CPC prevê um tipo de tutela antecipada com feições cautelares, apesar de antecipar os efeitos do provimento final. Já o art. 273, II, do CPC determina a hipótese de tutela antecipada pura, sendo que os argumentos apresentados e comprovados na inicial são tão sólidos, que a tutela torna-se evidente.

A lei 10.444/02 alterou o dispositivo da tutela antecipada, criando no art. 273, §7º, CPC a fungibilidade entre as medidas antecipatórias e cautelares, sendo que a melhor interpretação considera essa fungibilidade de mão dupla, isto é, as tutelas antecipadas podem ser transformadas em cautelares e vice-versa, desde que estejam presentes os requisitos legais. É certo que, se existe fungibilidade, significa dizer que as tutelas cautelar e antecipada são institutos diversos, com requisitos e peculiaridades próprios.

Por fim, o §6º do art. 273, CPC estabelece que “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroversos” e, em relação a este dispositivo, existe divergência doutrinária em se estabelecer se a controvérsia é de fato ou de direito. Cândido Rangel Dinamarco e Luiz Rodrigues Wanbier sustentam que a incontrovérsia é sobre matéria de fato, sendo a antecipação de tutela provisória de cognição verticalmente sumária, e a procedência parcial do pedido será decisão meramente homologatória e não antecipação de tutela, ao argumento de que o sistema processual brasileiro repele o parcial julgamento do mérito, ainda que os fatos incontroversos sejam suficientes para fundamentar o julgamento parcial. Já Luiz Guilherme Marinoni, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, modernamente, entendem que a incontrovérsia pode ser tanto matéria de fato como de direito. Consideram que existe uma decisão interlocutória de mérito com natureza definitiva em cognição verticalmente exauriente, admitindo, assim, um desmembramento da decisão.

3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.4.1 SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 286p.

A obra é originária da tese de doutoramento do autor defendida perante a USP e aprovada, por unanimidade, pelos consagrados juristas Doutores Rodolfo de Camargo Mancuso (orientador), Vicente Greco Filho, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Nelson Nery Junior e Luiz Vicente Cernicchiaro.

Segundo o autor, o tema ligado à segurança pública vem ganhando espaço e importância no cenário jurídico devido aos “crescentes apelos da sociedade, acossada pelos problemas causados pelo descontrole da criminalidade, o que torna indispensáveis as atenções dos estudiosos para a importante área de atuação do Estado” (p. 14).

Nesse cenário, a obra é um indispensável instrumento

de pesquisa a todos aqueles que lidam com a segurança pública em suas múltiplas dimensões, tal como apontado pelo autor: controle judicial do serviço de segurança pública e das políticas públicas, a eficiência da prevenção e repressão aos crimes, a segurança pública, a polícia, a participação da sociedade e do Ministério Público, a valoração e os instrumentos de controle de qualidade e eficiência do serviço de segurança pública. São estudos ainda os óbices ao controle judicial, a discricionariedade administrativa, a separação e a harmonia entre os poderes, o controle político e administrativo, a ação civil pública” (p. 14) etc.

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Desconsideração da personalidade jurídica: uso e abuso

Luiz Eduardo Martins Ferreira

Consultor Jurídico da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa)

Sem a pessoa jurídica com existência distinta da de seus membros a atividade empresarial não teria alcançado a importância que tem nos dias de hoje.

Este princípio estava bem consagrado no antigo Código Civil, cujo artigo 20 assim dispunha: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros”.

É claro que este princípio não é absoluto, pois em havendo utilização ilegal da pessoa jurídica (fraude, simulação, abuso da personalidade) é cabível a desconsideração da personalidade jurídica, estendendo-se aos sócios obrigações da sociedade.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) apareceu em 1809, nos Estados Unidos, no caso “Bank of Unities x Devaux”. O caso de maior repercussão, lançador desta teoria em nível mundial, aconteceu na Inglaterra, o famoso “Salomon v. Salomon & Co”.

No Brasil essa teoria foi introduzida por Rubens Requião, em 1960, quando não havia qualquer disposição legal a respeito.

Hoje, a desconsideração da personalidade jurídica está presente em várias leis, a saber:

Código Civil (Lei nº 10.406/02):

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90):

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Lei Antitruste (Lei 8.884/94):

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má

administração.

A desconsideração da personalidade jurídica, conforme bem afirmam os textos legais antes citados, é uma exceção e não uma regra. Logo, só deve ser usada quando houver simulação, fraude ou abuso da personalidade jurídica.

Sua aplicação é válida para as pessoas jurídicas em que o patrimônio da empresa se confunde com o dos sócios. Não é o caso de grandes empresas, principalmente aquelas que têm os valores mobiliários (ações, debêntures e outros) por elas emitidos negociados em bolsa de valores ou no mercado de balcão organizado, para as quais é exigido um grau de transparência bem superior àquele que as sociedades por ações fechadas (não negociadas em bolsa ou em balcão) têm que obedecer.

Entretanto, tem havido um certo aqodamento no uso da desconsideração da personalidade jurídica, principalmente pela Justiça do Trabalho. A desconsideração muitas vezes tem sido pedida logo no início da reclamação trabalhista.

O Sistema BACEN-JUD que permite o bloqueio eletrônico de contas-correntes (bancárias, de investimento ou de custódia) facilitou o processo de desconsideração. Entretanto, não se deve culpar esse sistema, que presta relevantes serviços à Justiça, como culpado pelo uso inadequado da desconsideração da personalidade jurídica. Seria como bater no carteiro pelo conteúdo da carta.

Quando o bloqueio atinge conta de custódia de ações e outros títulos a situação é diferente do bloqueio de dinheiro. Assim, o bloqueio pode abranger toda as ações e outros títulos, que é fácil de ser executada. Pode abranger determinada quantidade de ações da empresa “X”. Também fácil de ser executada, caso haja tais ações. O problema surge quando o bloqueio é pedido em ações que representem o valor “Y” em dinheiro. Se a totalidade da conta é igual ou inferior ao valor pedido, não há problema, pois toda a conta é bloqueada. O problema é quando a conta contém ações de “n” empresas distintas, em valor superior ao a ser bloqueado. Aí a entidade custodiante fica impossibilitada de atender, pois não lhe compete escolher que ações e em que quantidades serão bloqueadas. Também não pode bloquear toda a posição, pois estaria indo além ao que foi pedido.

Qual a conseqüência? Conselheiros de administração e diretores de grandes empresas têm tido suas contas bloqueadas sem que tivessem qualquer participação no fato que deu origem ao pedido de desconsideração. Muitos já deixaram a empresa há bastante tempo e volta e meia são surpreendidos.

Dependendo do valor envolvido, muitas vezes é mais fácil para o conselheiro ou diretor atingido, esteja ele no cargo ou não, cumprir a obrigação para ter sua conta desbloqueada, ou seja fazer justiça por via transversa: cumpre a obrigação quem por ela não é responsável.

Esse abuso atinge também os fundos de pensão, fundos de *private equity* ou *venture capital* e o BNDES que indicam conselheiros de administração e diretores para as empresas onde têm relevante participação societária.

3.1.4.2 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

O autor, na obra apontada, dá continuação à sua teoria do direito como integridade. Parte da premissa de que o ordenamento jurídico – aí consideradas as decisões judiciais – deve ter coerência à luz de princípios sobre os quais se assenta. Qualquer violação aos princípios de regência, seja pelo legislador ou pelo julgador, importará em malferimento à coerência necessária ao sistema. Tem em consideração,

outrossim, de que só há uma decisão certa para cada caso, em que o juiz estabelecerá, após ponderações axiológicas, o caminho correto a ser seguido na hipótese sob julgamento. Obra necessária e extremamente atual, haja vista a existência de decisões judiciais em flagrante conflito com os princípios fixados em sede constitucional, em virtude da ideologia adotada naquela que, em regra, diverge destes.

B) Artigos

3.1.4.3 COMPARATO, Fábio Konder. **Sobre a legitimidade das Constituições**. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. BONAVIDES, Paulo (Diretor). nº 05 , jan/jun de 2005, Ed. Del Rey, p. 19/56.

O tema referente à legitimidade das Constituições é dos mais atuais relevantes na ordem jurídica. Segundo define o autor já nas primeiras linhas do artigo:

Eis a questão nuclear da teoria constitucional, o fundamento no qual se assenta toda a construção doutrinária sobre o tema. Para que serve, afinal, uma constituição? Qual a sua função social? É possível distinguir constituições boas ou

más? Com base em qe critério? (p. 19).

Na busca de resposta a tais indagações, o texto vai ainda muito além, contando sempre com o aprofundando conhecimento jusfilosófico de Comparato.

Assim, para aqueles que buscam um estudo avançado sobre o tema, vale a pena ler esse artigo.

3.1.5 Jurisprudências da área

Observação: O suplemento jurisprudencial da área de Direito Público deste mês não trará as ementas dos acórdãos como costumeiramente fazemos. Em lugar disso, iremos apresentar breves referências a algumas importantes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal de grande interesse para toda a classe.

3.1.5.1 STF, Pleno. *ADI e Organismos Geneticamente Modificados*

O STF julgou procedente a ADI n.º 3.645, relatora a Ministra Ellen Gracie, proposta pelo Partido da Frente Liberal PFL declarando a inconstitucionalidade formal da Lei Estadual 14.861/2005, que dispõe sobre o direito à informação quanto aos alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, e do Decreto 6.253/2006, que a regulamentava, ambos do Estado do Paraná. Entendeu nossa Suprema Corte

que o Estado-Membro não pode transbordar de sua competência legislativa suplementar com relação à legislação federal de regência.

A importância do aresto radica no fato de o STF ter reconhecido a inconstitucionalidade da Lei Estadual e, não, como vinha fazendo, a sua ilegalidade perante a lei federal correspondente. Assim, houve mudança de entendimento do Plenário quanto à matéria.

3.1.5.2 STF, Pleno. *Teto remuneratório: incidência*

Nossa Suprema Corte, em sessão plenária, julgou em definitivo o Mandado de Segurança n.º 24.875-DF impetrado por ministros aposentados do STF, contra decisão da própria Corte que, em fevereiro de 2004, determinou o corte dos valores excedentes ao teto salarial, conforme o disposto no artigo 37, inciso XI da Constituição da República.

Em voto de desempate, o Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que o princípio da irredutibilidade de subsídio deveria prevalecer, por se tratar de garantia tradicional conferida aos magistrados, conquanto tenha afirmado não se tratar de direito adquirido dos Impetrantes.

Embora tenhamos reservas sobre o entendimento consolidado na nossa Corte Suprema segundo o qual não há direito adquirido a regime jurídico, faz-se mister aplaudir a decisão prolatada, na medida em que preservou princípio que

encerra direito fundamental (art. 7º, VICR/88).

Com efeito, ao adotar como sistema econômico o capitalismo, a Constituição se orientou no sentido de que toda força de trabalho deverá ser obrigatoriamente remunerada, bem como que essa remuneração não poderá ser diminuída. Tais fatores são da essência daquele sistema econômico. Daí a proibição peremptória da redução de salários, subsídio e remunerações em geral.

Raciocínio diverso ensejaria a insegurança jurídica e malferiria o princípio da dignidade humana.

Em razão desses fatores referentes ao sistema econômico constitucionalmente adotado, devemos nos preocupar, em outra perspectiva, com os limites do poder regulamentar dos Conselhos da Magistratura e do Ministério Público.

3.1.5.3 STF, Pleno. *Resolução CNJ: poderes para regulamentar a Constituição*

O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Pleno, apreciou, em sede liminar, a constitucionalidade da Resolução n.º 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) n.º 12.

Não obstante ter sido declarada a constitucionalidade da Resolução por ampla maioria (9 x 1), pensamos, com o respeito devido, que houve equívoco por parte da nossa Suprema Corte. Isso porque, ao declarar a compatibilidade da Resolução com a Constituição, o STF conferiu poderes para legislar a órgão que somente possui, por determinação expressa do texto constitucional, poder regulamentar. Daí ter afirmado o Ministro Marco Aurélio, em seu voto dissidente, que "O CNJ, ao editar a Resolução, o fez totalmente à margem das atribuições previstas na Constituição Federal, e não vejo possibilidade de se deferir uma liminar que acaba potencializando a Resolução do próprio Conselho".

Como se não bastasse esse exercício anômalo de função legislativa, impende ressaltar que o princípio da separação de poderes, conquanto se trate de princípio já de há muito ultrapassado, traduz-se em cláusula pétrea, que emenda constitucional não pode ferir.

Ademais, é forçoso concluir que normas jurídicas que emanem de órgãos com a finalidade de concretizar cláusulas constitucionais padecem da ausência de legitimidade democrática, uma vez que não foram eleitos pela sociedade para tanto, malferindo, outrossim, o princípio democrático, na sua vertente de democracia representativa, forma de governo acolhida pelo Legislador Constituinte Originário.

Em compêndio, parece-nos que a própria decisão encerra, até mais não poder, malferimento ao texto constitucional.

3.2.4 Jurisprudências da área

3.2.4.1 STJ, 2ª Turma. *Natureza jurídica e finalidade inquérito civil público*

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL DE REPARAÇÃO DE DANOS INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. NATUREZA INQUISITIVA. VALOR PROBATÓRIO. 1. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. 2. "As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas

quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório" (Recurso Especial n. 476.660-MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003). 3. As provas colhidas no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo julgador. 4. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 2ª Turma, REsp n.º 644.994/MG, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 17.02.2005, DJ 21.03.2005, p.336).

3.2.4.2 TJMG, 2ª Câmara Cível. *Consagração do direito constitucional à moradia. Interferência positiva do Poder Judiciário na gestão da administração pública*

EMENTA: Apelação cível. Ação demolitória. Edificação em via pública. Local não urbanizado. Direito constitucional à moradia assegurado. Recurso não provido. 1. Todos têm direito constitucional à moradia e o Estado deve adotar ações positivas para que os economicamente menos favorecidos tenham um local para morar. Pode, ainda, ter conduta negativa no sentido de não impedir que o particular, por si mesmo, concretize o mencionado direito. 2. Feita a

edificação de habitações em local que, abstratamente, seria via pública mas, na concretude da vida, é área de difícil acesso e sem qualquer urbanização, revela-se inacolhível a pretensão demolitória. Entender o contrário violaria o direito constitucional à moradia. 3. Apelação cível conhecida e não provida (TJMG, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 1.0105.00.001435-4/001, Rel. Des. Caetano Levi, j. 12.04.2005, DJ 29.04.2005).

3.2.4.3 TJMA, 3ª Câmara Cível. *Dever do Município em garantir o pleno acesso à saúde mediante o pagamento de tratamento em hospital particular se a rede pública não dispõe dos meios necessários*

EMENTA: CONSTITUCIONAL - DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE - DEVER DO ESTADO - MUNICÍPIO RESPONSÁVEL PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE - SERVIÇO DE SAÚDE INADEQUADO - INTERNAÇÃO DE NEONATAL EM REDE HOSPITALAR PRIVADA - MEDIDA CAUTELAR - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS - *FUMUS BONI IURIS - PERICULUM IN MORA*. I - A Constituição Federal de 1988 prevê e garante o direito fundamental à saúde. É dever do Estado prestá-la. II - É obrigação do Município, enquanto ente da Federação mais próximo do cidadão, prestar adequadamente serviços de atendimento à saúde dos cidadãos.

III - A Entidade Coletiva Municipal deverá providenciar medidas compatíveis para assegurar o pleno acesso ao direito à saúde, quando os seus serviços restarem inadequados. IV - É adequada a internação em hospital da rede privada quando ausentes os equipamentos necessários ao atendimento eficiente na rede pública. V - A situação que enseja risco de vida configura o *periculum in mora*. VI - A Constituição Federal de 1988 assegura o direito à saúde o que caracteriza a presença de *fumus boni iuris*. VII - Recurso de apelação não provido (TJMA, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 264612002, Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, j. 27.02.2003, DJ 21.03.2003).

Notas:

¹ Convenção da Biodiversidade (1992), art. 2º.

² O regime brasileiro de unidades de conservação. In: CDROM - Juris Síntese IOB nº. 51. São Paulo, Jan-Fev 2005.

³ O Código Florestal, em seu art. 3º, dispõe sobre a possibilidade da declaração de áreas de preservação permanente por ato do Poder Público, englobando as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico, a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção, a assegurar condições de bem-estar público etc.

⁴ Fonte: Instituto Estadual de Florestas (disponível em: <http://www.ief.mg.gov.br/parques/areasprot/QuadroAPEE.doc>)

3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.3.1 GLOEKNER, Ricardo Jacobsen e SCHWARTZ, Germano A. **A Tutela Antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, 168p.

A obra traz uma abordagem crítica e aprofundada sobre o direito de acesso à saúde na pós-modernidade. Além disso, busca delinear a amplitude teórica e os aspectos jurídicos que circundam a matéria até chegar ao tema proposto.

Conforme afirmam os próprios autores:

O presente trabalho, dentro de suas pretensões iniciais propôs, a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, afrouxar as amarras autofágicas de um direito à saúde inamovível e cego em sua busca pela efetivação. (...) O direito à saúde, com sua mutabilidade arquetípica,

pode, doravante, edificar um baluarte que abrigue, concomitantemente, toda a gama de direitos fundamentais. Deve-se assumir riscos, portanto (p. 159).

Assim, nesse cenário, a efetivação do direito à saúde pode ser levado a cabo, em sua amplitude máxima, pelo instituto da tutela antecipada, enquanto instrumento de repúdio à inércia estatal, como “resposta ao niilismo estatal para com as políticas sociais, como supedâneo de uma democracia dialógica, voltada aos direitos humanos” (p. 160).

B) Artigos

3.2.3.2 FILOMENO, José Geraldo Brito. **Ações coletivas: dupla comemoração.** In Revista de Direito do Consumidor, nº 57, ano 15 - jan/mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 60-76.

A dupla comemoração a que faz alusão o título do trabalho diz respeito aos 20 anos do advento da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e 15 anos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Nessa esteira, o artigo traz uma excelente abordagem histórica e sistêmica sobre o uso das ações coletivas para a defesa dos direitos e interesses dos consumidores ao longo dos anos, desde muito antes da entrada em vigor da LACP bem como depois da edição do CDC.

Contendo farta indicação de exemplos e casos concretos, o artigo também enfrenta algumas questões atuais

que vêm despertando fortes debates na comunidade jurídica em geral, em especial a PEC nº 358, a qual prevê a competência do Superior Tribunal de Justiça “para definir o alcance territorial das decisões preferidas nas ações coletivas e civis públicas” (p. 75). Para o jurista, a referida Proposta de Emenda Constitucional deve ser repudiada, pois culmina em “evidente óbice ao acesso pleno da sociedade ao judiciário e outros meios de defesa, não apenas do consumidor, como também de todos os demais interesses difusos e coletivos” (p. 76).

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 A fumaça e a trapaça

Lúcio Antônio da Silva

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
6ª Promotoria de Justiça de Uberaba (MG)

Promover o desenvolvimento de um país, provavelmente, seja a mais complexa, desafiadora e frustrante de todas as tarefas confiadas a um ser humano. Os interesses em conflito são tantos e os argumentos das partes tão eficientes, que levam até os mais experientes administradores a cometerem erros de avaliação, envolvidos pelo turbilhão retórico em conflito, que, inobstante aos antagonismos implícitos, mostram-se, sob todos os aspectos, inteiramente convenientes aos mais nobres ideais da Nação.

Empresários gananciosos e políticos oportunistas continuam protagonizando incidentes danosos à sociedade, especialmente ao meio ambiente, apesar da crescente vigilância popular sobre eles.

Especialistas em fazer atraentes assuntos repugnantes ao povo, mestres em camuflar em embalagens vistosas, o sutil veneno de suas ambições, esses homens, em nome do lucro fácil, estão criando armadilhas terrivelmente nocivas às comunidades onde se instalam.

De efeito retardado, esses danos somente aparecem quando tarde demais para se corrigir seus malefícios.

Fato relevante nesse sentido pode estar ocorrendo agora, no Triângulo Mineiro, onde Deputados e canavieiros, estão se aproveitando dos efeitos colaterais da lei para impor à população local o fim de seus direitos a um meio ambiente saudável e equilibrado.

Querem se valer de um descuido legal para dar curso às suas sandices econômicas, sacrificando os direitos essenciais da população ao pretenderem destruir a natureza desta região, em troca da formação de reservas ambientais no norte de Minas ou no vale do Jequitinhonha. O que nenhum deles sabe responder é como aquelas unidades mantidas num local tão distante, podem valer ao povo do Triângulo Mineiro?

Meio ambiente não é excentricidade de ecologistas sonhadores. É saúde pública, é sobrevivência humana e não pode ser tratado com essa malandragem tupiniquim.

Ao construir reservas em lugares tão distantes e desabitados, o meio ambiente servirá, apenas, ao próprio meio ambiente, pois lá não existem pessoas para usufruírem de seus benefícios e o povo faz parte desse meio.

Além disso, quem irá fiscalizar aquele mato abandonado, longe de tudo e de todos? Será que naquele ambiente as florestas serão respeitadas? Sobreviverão ao abandono que se anuncia ou aos interesses escusos de que se desconfia? Não será intenção daqueles empresários a de incentivar invasões posteriores, forçando desapropriações em benefício próprio, tão logo consigam se livrar dos empecilhos legais que dificultam seus lucros no Triângulo Mineiro?

A sociedade brasileira, sabidamente, passa por um processo de inversão de valores e de retrocesso moral nunca dantes experimentado. Percebe-se que os ideais humanos responsáveis pelos grandes avanços civilizatórios dos últimos séculos estão sendo, paulatinamente, substituídos pela mediocridade do imediatismo consumista, nivelando por baixo a

inteligência das gerações que se sucedem.

Na materialização desse fenômeno, está a maldição dos usineiros, configurada pela cultura da exclusão, da violência, da ignorância, do preconceito racial e do desrespeito a tudo que é próprio de uma sociedade moderna e humanizada.

O orgulhoso povo do Triângulo Mineiro, que, à custa de muito sofrimento, conseguiu se livrar dos resquícios culturais produzidos pelas oligarquias ruralistas da região e que chegou, inclusive, a alimentar o sonho de criar um estado próprio, desvinculando-se das tradições honrosas de Minas Gerais, por julgá-las aquém de seus anseios cívicos, vê-se, agora, obrigado a conviver, a assimilar e a obedecer aos costumes impostos pela conveniência econômica de outros povos, que nada têm de admirável.

O destino da população do Triângulo pode estar sendo decidido pelos espúrios interesses de um capital sujo, de origem duvidosa, manipulado pelas mãos criminosas da velha e manjada oligarquia canavieira, protagonista das mais vergonhosas e cruéis páginas da história brasileira.

Que venham as indústrias, mas que se deixe na origem as práticas e os costumes que fizeram delas ícones da vergonha e do atraso nacional. Que tragam benefícios, mas que se adaptem às leis nacionais e aos interesses do povo de onde se instalam. O manto da legalidade deve proteger os interesses da coletividade antes de qualquer interesse privado.

O que se pretende é um holocausto ambiental. Que país é este? Que empresários são esses? Como seria possível viver num lugar assim, onde aviões em vôos rasante, borrifam casas e pessoas com seus venenos mortíferos, onde os ares poluídos pela fuligem das queimadas sufocam e matam tudo que não pode se defender.

Quantos sitiante que vivem dignamente em suas pequenas propriedades rurais serão expulsos de suas terras para engrossarem a famélica estatística das favelas nacionais?

Para aqueles empresários, lagos, veredas, rios, florestas e animais são poesias e o Brasil precisa só de energia. É o pragmatismo neoliberal, fazendo vítimas mundo afora.

Secam-se os mananciais, arrancam-se as árvores, queimam-se as terras e ainda fazem pouco da inteligência do povo ao anunciarem, publicamente, suas preocupações ecológicas.

E as autoridades, o que acham disso? Não seria essa uma forma fascista da negação oficial do Estado ao direito à saúde, ao bem estar da população, ao futuro e à harmonia da humanidade com o meio ambiente? Onde estão os conceitos da educação para a sobrevivência, defendida ardentemente pela ONU e freqüentemente exibida como trunfo oficial?

Chamam a isso progresso? Não se pode esquecer, no entanto, que a miséria e a desolação são faces inevitáveis da devastação.

O Triângulo Mineiro caminha na contramão da consciência mundial, que se esforça em limpar o planeta e construir uma convivência sustentável entre o homem e natureza.

Do contrário, seremos todos extintos muito antes que se possa usufruir de um único e mísero centavo dessa riqueza devastadora.

Com a palavra, os órgãos ambientais que até então buscaram o eufemismo como forma interpretativa das Leis, aproximando suas ações, perigosamente, dos interesses do

capital, em desprezo ao espírito protetor e motivador das próprias leis.

É hora de as instituições ambientais saírem dos armários e mostrarem que valem o que custam à sociedade, ou será tarde demais para elas também.

3.2.2 Áreas de proteção especial: valiosos e pouco conhecidos instrumentos de defesa do meio ambiente, do ordenamento urbano e do patrimônio cultural

Marcos Paulo de Souza Miranda

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Coordenador das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Histórico,
Cultural e Turístico de Minas Gerais. Coordenador das Promotorias Ambientais das Sub-Bacias dos
Rios das Velhas e Paraopeba*



Marcos Paulo de Souza Miranda

Objetivando assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, o legislador constituinte determinou como obrigação do Poder Público a definição de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, vedando-se qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção, sendo permitida a alteração e a supressão de tais áreas somente por meio de lei (CF/88 - art. 225, § 1º, III).

Ressalte-se, por primeiro, que não devemos confundir, como se idênticas fossem, as áreas protegidas, às quais se refere a Constituição no dispositivo supra, com as unidades de conservação de que trata a Lei 9.985/2000, que regulamenta o Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

Com efeito, o conceito de área protegida é muito mais amplo, sendo entendida no Direito Comparado como “uma área geograficamente definida que tenha sido designada ou regulamentada e gerida para alcançar objetivos específicos de conservação”.

Por isso, como bem ressalta Antônio Herman Benjamin: toda Unidade de Conservação é área especialmente protegida, mas a recíproca não é verdadeira, pois a própria Constituição Federal traz exemplos de biomas que recebem tutela especial (Amazônia, Mata Atlântica, Pantanal) e, nem por isso, são, na sua totalidade, Unidades de Conservação. Bem a cabo a lição abalizada do mestre José Afonso da Silva para quem “Nem todo espaço territorial especialmente protegido se confunde com unidades de conservação, mas estas são também espaços especialmente protegidos”.

Como exemplos clássicos de áreas especialmente protegidas (embora não se enquadrem no rol das unidades de conservação típicas) temos as chamadas Áreas de Proteção Especial (APEs), cuja instituição está prevista na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (arts. 13, I e 14 da Lei 6.766/76), que facultou aos Estados, por meio de Decreto, a definição delas com o objetivo de se proteger os mananciais, o patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico.

Em Minas Gerais, por exemplo, temos atualmente mais de duas dezenas de Áreas de Proteção Especial criadas com a finalidade de se obter o crescimento desordenado de cidades e o parcelamento desregrado do solo urbano, compatibilizando o desenvolvimento das cidades com a necessária preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural. Tais diplomas legais impõem um regime jurídico específico para as áreas a que se referem, constituindo-se instrumentos valiosos de proteção ao

meio ambiente, ao ordenamento urbano e ao patrimônio cultural. Contudo, reconhece-se que são diplomas pouco conhecidos e, por tal razão, também pouco aplicados na prática, o que infelizmente tem facilitado a degradação de espaços dotados de relevante valor ambiental.

É fato notório nos dias atuais, por exemplo, o desenfreio parcelamento do solo urbano e rural e a crescente implantação de empreendimentos potencialmente poluidores na região do Aeroporto Internacional Tancredo Neves, Região Metropolitana de Belo Horizonte, em espaço reconhecido pelo Atlas de Áreas Prioritárias para a Conservação da Biodiversidade em Minas Gerais (Biodiversitas, 1998), como sendo de importância biológica extrema, em razão da presença de aves migratórias raras, de um complexo de matas secas e mesófilas e da presença de invertebrados endêmicos e ameaçados, sem se olvidar de que abriga um dos mais importantes sítios paleontológicos, espeleológicos e arqueológicos do país.

Poucos são os que conhecem e aplicam, entretanto, o Decreto Estadual nº 20.597/1980, que definiu Área de Proteção Especial englobando os municípios de Lagoa Santa, Pedro Leopoldo e Matozinhos, criando limitações administrativas que podem contribuir decisivamente para a proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural da região, destacando-se as seguintes:

- a) As florestas e demais formas de vegetação natural de toda a área são consideradas como de preservação permanente.
- b) O Estado deve examinar e expedir anuência prévia para a aprovação, pelos Municípios, de loteamento ou desmembramento do solo na área.
- c) Somente será possível o uso do solo nas zonas urbanas ou de expansão urbana, já definidas por normas municipais até a data deste Decreto, observadas as restrições decorrentes do artigo 3º da Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.
- d) As modificações das zonas urbana e de expansão urbana dependerão de prévia comprovação de que não prejudicarão a proteção da área declarada de interesse especial na forma do artigo 15 da Lei Federal nº 6.766/79.
- e) Em caso de parcelamento permitido, a percentagem de áreas públicas não poderá ser inferior a 50% da área da gleba, de acordo com o inciso I e § 1º do artigo 4º da Lei Federal nº 6.766/79.

Enfim, vale a pena identificar todas as áreas de proteção especial criadas em nosso ordenamento jurídico e exigir o estrito cumprimento de suas disposições. Somente assim estaremos assegurando a efetividade do mandamento constitucional previsto no art. 225, § 1º, III, de nossa Carta Magna.

Elencamos, a seguir, as Áreas de Proteção Especial que identificamos no âmbito do Estado de Minas Gerais.

ÁREAS DE PROTEÇÃO ESPECIAL OBJETIVO: PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL E PAISAGÍSTICO

| Nº | Identificação | Ato de Criação | Municípios abrangidos | Área da APE |
|----|--|---------------------|---|---|
| 01 | APE Lapa Nova de Vazante | Decreto 30.936/1990 | Vazante | 75,01 ha |
| 02 | APE – Lagoa Santa | Decreto 20.597/1980 | Lagoa Santa, Pedro Leopoldo e Matozinhos | Área não indicada. Perímetro definido no Decreto de Criação |
| 03 | APE - Santana do Riacho e Jauticatubas | Decreto 26.160/1986 | Santana do Riacho e Jauticatubas | Área não indicada. Perímetro definido no Decreto de Criação |
| 04 | APE – Serra de São José | Decreto 21.308/1981 | Tiradentes, Prados, São João Del Rei, Coronel Xavier Chaves | Área não indicada. Perímetro definido no Decreto de Criação |
| 05 | APE – Ouro Preto - Mariana | Decreto 21.224/1981 | Ouro Preto e Mariana | 1274 km 2 |

ÁREAS DE PROTEÇÃO ESPECIAL OBJETIVO: PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NATURAL⁴

| Nº | Nome | Lei/ Decreto de Criação | Data de Criação | Área da unidade (Ha) | Área do Mun. (Há) | Área da unidade dentro do Mun. (Ha) | % da unidade em relação ao Mun. | % da UC dentro do Mun. |
|----|---|-------------------------|-----------------|----------------------|--|---|---|--|
| 01 | Serra Azul | 20.792 | 08/07/80 | 26.058 | 11.008 49.575 9.714 30.313 | Igarapé - 7.000 Itaúna - 3.184 Juatuba - 457 Mateus Leme - 15.417 | 63,59 6,42 4,70 50,86 | 26,86 12,22 1,76 59,16 |
| 02 | Várzea das Flores | 20.793 | 08/09/80 | 12.300 | 34.599 19.438 | Betim - 1.709 Contagem - 10.591 | 4,94 54,49 | 13,89 86,11 |
| 03 | Mutuca | 21.372 | 01/07/81 | 250 | 42.845 | Nova Lima - 250 | 0,58 | 100 |
| 04 | Veríssimo | 22.055 | 05/05/82 | 2.000 | 25.879 | Ouro Branco - 2.000 | 7,73 | 100 |
| 05 | Barreiro | 22.091 | 08/06/82 | 1.327 | 33.023 | Belo Horizonte - 1.327 | 4,02 | 100 |
| 06 | Catarina | 22.096 | 14/06/82 | 180 | 64.008 | Brumadinho - 180 | 0,28 | 100 |
| 07 | Taboão | 22.109 | 14/06/82 | 890 | 7.366 6.217 | Ibirité - 795 Sarzedo - 95 | 10,79 1,53 | 89,33 10,67 |
| 08 | Rola-Moça e Bálsamo | 22.110 | 14/06/82 | 738 | 7.366 | Ibirité - 738 | 10,02 | 100 |
| 09 | Cercadinho | 22.327 | 03/09/82 | 247 | 33.023 | Belo Horizonte - 247 | 0,75 | 100 |
| 10 | Fechos | 22.327 | 03/09/82 | 476 | 42.845 | Nova Lima - 476 | 1,11 | 100 |
| 11 | Pico do Ibituruna | 22.662 | 14/01/83 | 6.000 | 234.890 | Governador Valadares-6.000 | 2,55 | 100 |
| 12 | Gruta Rei do Mato | 8.670 | 27/09/84 | 160 | 53.955 | Sete Lagoas - 160 | 0,30 | 100 |
| 13 | Rio Manso | 27.928 | 15/03/88 | 65.778 | 30.031 64.008 16.685 29.564 23.145 | Bonfim - 3.455 Brumadinho - 9.256 Crucilândia - 14.776 Itatiaiuçu - 15.175 Rio Manso - 23.116 | 11,50 14,46 88,56 51,33 99,87 | 5,25 14,07 22,46 23,07 35,15 |
| 14 | Córregos Feio, Fundo e Areia | 29.586 | 08/06/89 | 14.800 | 116.696 | Araxá - 14.800 | 12,68 | 100 |
| 15 | Soberbo | 29.588 | 08/06/89 | 10.440 | 69.417 159.279 | Cachoeira do Pajeu- 5.655 Pedra Azul - 4.785 | 8,15 3,0 | 54,17 45,83 |
| 16 | Todos os Santos | 29.589 | 08/06/89 | 25.890 | 62.522 324.720 | Poté - 11.935 Teófilo Otoni - 13.955 | 19,09 4,30 | 46,10 53,90 |
| 17 | Santa Isabel e Espalha | 29.587 | 08/06/89 | 21.600 | 822.911 | Paracatu - 21.600 | 2,62 | 100 |
| 18 | Lapa Nova de Vazante | 30.936 | 20/02/90 | 75 | 190.855 | Vazante - 75 | 0,04 | 100 |
| 19 | Confusão | 31.905 | 11/10/90 | 2.768 | 86.781 | São Gotardo - 2.768 | 3,19 | 100 |
| 20 | Áreas Adjacentes ao Parque Estadual do Rio Doce | 38.155 | 24/07/96 | 5.950,52 | 54.368 14.399 | Marliéria - 3.247,12 Timóteo - 2.703,40 | 5,97 18,77 | 54,57 45,43 |