

A reconstrução do dolo na teoria do delito

Fábio Guedes de Paula Machado

ENTREVISTAS:

Professores

**Rodolfo Mancuso
e Carlos A. Canêdo**

Público
Constitucional
Administrativo
Institucional

Coletivo
Material e Processual

Civil
Material e Processual

Penal
Material e Processual

Informações Variadas

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Jarbas Soares Júnior

II APRESENTAÇÃO

Rodrigo Sousa de Albuquerque

III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

1 MATÉRIA DE CAPA

1.1 1.1 A reconstrução do dolo na teoria do delito

Fábio Guedes de Paula Machado

2 ENTREVISTA

2.1 Rodolfo de Camargo Mancuso

2.2 Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva

3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 A natureza jurídica do Conselho Nacional do Ministério Público

Eduardo de Souza Maia

3.1.2 Listas partidárias: a discussão sobre o fechamento

Euder Monteiro

3.1.3 Princípio da soberania popular

Alexandre Tadeu Mansur Silva

3.1.4 Da prorrogação das interceptações telefônicas – breves apontamentos sobre a parte final do art. 5º da Lei 9.296/96

Turíbio Barra de Andrade

3.1.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.1.5.1 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, 170p.

3.1.5.2 GODINHO, Robson Renault. **O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 78p.

3.1.5.3 BERCHOLC, Jorge; SANCARI, Sebastian. **La corte suprema en el sistema político**. Buenos Aires: Ediar, 2006. 212p.

B) Artigos

3.1.5.4 MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle incidental de normas no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 760, p. 11-39, fev. 1999

3.1.5.5 MORAES, Alexandre de. Órgão Especial e delegação constitucional de competências jurisdicionais, disciplinares e administrativas do tribunal pleno. Revista de Direito Administrativo. São Paulo, v. 244, p. 291-297, jan-abr. 2007.

3.1.6 Jurisprudências da área

3.1.6.1 STF, 2ª Turma. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*

3.1.6.2 STF, Pleno. *Lei Municipal regulamentando serviço de “moto-táxi”. Inconstitucionalidade formal por ausência de competência legislativa da entidade federada municipal.*

3.1.6.3 TRF, 5ª Região, 2ª Turma. *Teoria da Captura. Óbice à nomeação, pelo Chefe do Poder Executivo federal, de pessoas para cargos em autarquias especiais (agências reguladoras). Análise, pelo Poder Judiciário, dos requisitos que ensejaram a realização do ato administrativo discricionário. Possibilidade.*

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Breves considerações acerca da educação inclusiva

Elida de Freitas Rezende

3.2.2 Uma visão constitucional do art. 18 da Lei de Tombamento

Alexandre Artur Mendes Soares

3.2.3 Aplicabilidade do art. 19, caput, da lei da Ação Popular, em sede de Ação Civil Pública: a remessa necessária como instrumento de proteção do interesse social

André Camilo Castro Jardim

3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.2.4.1 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006, 224p.

3.2.4.2 ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. São Paulo: RT, 2006, 318 p.

B) Artigos

3.2.4.3 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio ambiental cultural: usucapião de bens móveis tombados. Uma análise em busca da efetividade protetiva do Dec.-lei 25/37.

3.2.5 Jurisprudências da área

3.2.5.1 STJ, 3ª Turma. *Técnica de formulação do pedido mediato em ação coletiva*

3.2.5.2 TRT, 3ª Região, 3ª Turma. *Inserção social das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho e competência da Justiça do Trabalho para as ações que visem garantir as vagas destinadas aos portadores de deficiência nas empresas. Art. 93 da Lei 8.213/1991*

3.2.5.3 TJMG, 2ª Câmara Cível. *Proibição da realização de carnaval em áreas eminentemente residenciais, tendo em vista os sérios transtornos advindos da sua comemoração para a propriedade privada. Abuso de poder por parte da municipalidade, que deve realizar as festividades em locais adequados, sob pena de produção de poluição sonora*

3.2.5.4 Turma Recursal dos Juizados Especiais - BA, 4ª Turma. *A empresa prestadora de serviços de telefonia tem a obrigação de provar a regularidade de todas as ligações contestadas pelo consumidor*

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Os embargos do terceiro-credor: uma nova via no processo falimentar?

Marco Aurélio Ferenzini

3.3.2 A possível inconstitucionalidade da exclusão de sócios nas sociedades limitadas em virtude de incapacidade superveniente

Wilson Medeiros Pereira

3.3.3 Processo de adoção de pessoa com mais de 18 (dezoito) anos de idade: competência jurisdicional

Epaminondas da Costa

3.3.4 O cônjuge e o direito à herança

Érico de Pina Cabral

3.3.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.3.5.1 BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006, 714p.

B) Artigos

3.3.5.2 MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais**. Revista de Consumidor, nº 58, abril/junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 55-74.

3.3.6 Jurisprudências da área

3.3.6.1 TJMG, 1ª Câmara Cível. *Definição da hipótese de inimizade para fins de suspeição da testemunha*

3.3.6.2 STJ, 3ª Turma. *Mitigação da súmula 301 do STJ, no sentido de que a recusa da realização do exame de DNA nem sempre implica em presunção iuris tantum da paternidade*

3.3.6.3 STJ, 5ª Turma. *Impenhorabilidade do único bem de família, ainda que este esteja locado para terceiros*

3.3.6.4, STJ, 2ª Seção. *Possibilidade de o juiz, ex officio, alterar o valor da causa*

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Conceito de autoria em direito penal

Luiz Flávio Gomes

3.4.2 Medida de Segurança: limite entre punição e prevenção

Alessandra Cristina Santos Mendes

3.4.3 A participação da vítima no crime

Virgínia Márcia Nepomuceno Chaves

3.4.4 Breve análise da evolução teórica do conceito de culpabilidade

Juliana Caetano de Paula

3.4.5 A inconstitucionalidade da criminalização da pirataria

Túlio Vianna

3.4.6 O fenômeno bullying: breves considerações criminológicas sobre sua possível relação com algumas práticas da delinquência juvenil.

Lélio Braga Calhau

3.4.7 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.4.7.1 CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes.** Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2004, 103 p.

3.4.7.2 GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal.** Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, 116 p.(Série as ciências criminais no século XXI ; v. 6).

B) Artigos

3.4.7.3 GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos.** Boletim científico da ESMPU, Brasília, v.2, n.8, p.137-149, jul./set., 2003.

3.4.8 Jurisprudências da área

3.4.8.1 TJMG, 1ª Câmara Criminal. *Nos crimes de tortura, a palavra da vítima adquire especial relevância, inclusive porque tais infrações são praticadas, geralmente, na clandestinidade*

3.4.8.2 STJ, 6ª Turma. *Ausência de curador durante o interrogatório não é causa nulidade processual, nos casos anteriores à Lei nº 10.792/2003*

3.4.8.3 TJMG, 1ª Câmara Criminal. *Venda de CD's pirata não é considerada crime de bagatela, não se aplicando, portanto, o princípio da insignificância penal, dada a relevância do bem jurídico*

3.4.8.4 TJMG, 1ª Câmara Criminal. *Concessão de remissão ao menor infrator. Necessidade de oitiva prévia do membro do Ministério Público. Inaplicabilidade do princípio da insignificância em sede de procedimento que apura ato infracional*

4 INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS MINISTÉRIOS PÚBLICOS

4.1.1 **Sugestões consensualmente aprovadas pela Comissão designada criada na Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA) para servirem como guia para a prática do compromisso de ajustamento de conduta em matéria ambiental**

Geisa de Assis Rodrigues, Sílvia Cappelli, Fernando Reverendo Akaoui, José Roberto Marques, Aurélio Veiga Rios, Alexandre Sikinowski Saltz, Elaine Castelo Branco, Annelise Steigleder, João Batista Machado Barbosa, Odete Pinzetta, Ana Marchesan, Marco Antônio Marcondes Pereira e Maria Carmen C. de Almeida

4.2 NOVA LEI DE DROGAS EM DEBATE

4.2.1 **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?**

Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches

4.2.2 **Aspectos polêmicos da nova lei de drogas**

Rodrigo Iennaco

4.2.3 **Comentários à nova Lei de Tóxicos nº 11.343, de 23.08.2006**

Paola Carolina M. Gonçalves

4.3 PROCESSO ELETRÔNICO

4.3.1 Aspectos controvertidos na lei de informatização do processo judicial

Wesley Roberto de Paula

4.3.2 Processo eletrônico e soberania nacional

Agnelo Corrêa Vianna Júnior

4.4 ATIVIDADE POLICIAL E DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

4.4.1 Atividade policial independente e a adequada investigação dos crimes lesivos ao patrimônio público

Marcos Pereira Anjo Coutinho

4.5 TÉCNICA PROCESSUAL

4.5.1 Breves notas sobre a possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa

Leonardo Barreto Moreira Alves

4.6 COMENTÁRIO A JURISPRUDÊNCIA

4.6.1 Legitimidade do Distrito Federal para promover, via ação civil pública, a defesa dos consumidores face aos reajustes abusivos perpetrados por prestadora de serviços de saúde

Ronny Marinho

4.7 LÍNGUA E LINGUAGEM

4.7.1 Comentários lingüísticos sobre o CPC (SEGUNDA PARTE): o verbo haver impessoal

Cláudio Márcio Bernardes

4.8 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.8.1 Ciência Sistêmica da Terra e Ciência de Gaia: duas tendências do pensamento holístico na visão de Stephan Harding

Luciano José Alvarenga

4.8.2 Indicação de obra de outra área

4.8.2.1 TRIGUEIRO, André. Meio Ambiente no Século XXI: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento. 3ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, 368p.

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Jarbas Soares Júnior

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

Caros (as) Leitores (as),

Entre os muitos projetos que procuramos concretizar ao longo dessa nossa primeira experiência à frente do Ministério Público mineiro, certamente podemos nos orgulhar de termos incluído a divulgação e o aprimoramento do conhecimento jurídico, notadamente por intermédio do nosso atuante Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional.

O Boletim Jurídico *MPMG Jurídico* é hoje uma leitura obrigatória a todos aqueles que queiram se atualizar com o que há de mais relevante nas letras jurídicas.

Dois grandes predicados bem traduzem o início desse veículo de informação: **idealismo e determinação**. Assim, o *MPMG Jurídico* tem tido uma excelente aceitação em todos os locais para onde é enviado, desde instituições como o Supremo Tribunal Federal até as universidades no exterior (Argentina, Espanha, Portugal *etc*).

Todavia, **queremos mais**: não bastasse já sermos certificados com o identificador *ISSN*, o nosso próximo passo agora é conquistarmos mais um importante instrumento de reconhecimento da excelência em publicações pela comunidade científica internacional. Para isso, a equipe do *MPMG Jurídico* está trabalhando para obter o *Certificado Qualis*. Vale destacar:

Qualis é uma lista de veículos utilizados para a divulgação da produção intelectual dos programas de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado), classificados quanto ao âmbito de circulação (Local, Nacional, Internacional) e à qualidade (A, B, C), por área de avaliação. A Capes utiliza o Qualis para fundamentar o processo de avaliação do Sistema Nacional de Pós-Graduação.

[...]

O aplicativo que permite a consulta ao Qualis das áreas, bem como a divulgação dos critérios utilizados para a classificação dos veículos, é o WebQualis¹.

E não é só isso! Como sempre fizemos questão de destacar, o *MPMG Jurídico* é uma revista pluralista e democrática, da qual todos os interessados podem participar enviando as suas colaborações para o engrandecimento da cultura jurídica do País. Por essa razão e em reconhecimento à dedicação e ao brilhantismo dos trabalhos prestados pelos servidores dessa Instituição, a partir dessa edição o *MPMG Jurídico* passou a ser também distribuído a todos os Oficiais do Ministério Público do Estado de Minas Gerais que manifestaram interesse enviando o seu cadastro à Coordenação Editorial por intermédio do e-mail **mpmgjuridico@mp.mg.gov.br**. O servidor do Ministério Público mineiro que ainda não se cadastrou para receber gratuitamente o nosso boletim jurídico poderá enviar os seus dados ao endereço eletrônico acima declinado, apontando o local no qual deseja que seja remetido o periódico.

Com essas breves palavras e um sincero abraço, despeço-me de todos os nossos prezados colaboradores e leitores, desejando a todos uma ótima leitura.

Até o nosso próximo encontro.

¹ Disponível em: < <http://www.capes.gov.br/avaliacao/webqualis.html> >.

II APRESENTAÇÃO

Rodrigo Sousa de Albuquerque

Promotor de Justiça - Coordenador de Planejamento Institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Os leitores do MPMG Jurídico 7 realmente poderão desfrutar de uma revista de excelente qualidade.

Nessa edição, contaremos com duas entrevistas de personalidades notáveis. Rodolfo de Camargo Mancuso e Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva trazem aos leitores importantes posicionamentos e análises críticas em suas respectivas áreas de atuação.

Outro ponto de destaque é o substancial repertório jurisprudencial dessa edição, contando com ementas de acórdãos sobre temas instigantes e reflexivos.

A seção de Informações Variadas também está imperdível! Seus artigos levam os leitores a um prazeroso passeio pelas várias áreas do Direito, o que, aliás, é o principal objetivo dessa seção. Ela é encerrada com um profundo artigo referente ao diálogo multidisciplinar.

De fato, a leitura desse Boletim Jurídico torna-se, a cada dia, um convite irrecusável à atualização jurídica específica e de fácil acesso, tendo em vista que os textos são escritos em um estilo pontual, o que possibilita uma rápida abordagem em todos os temas.

Abraços a todos os leitores e uma ótima leitura.

III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

Prezados (as) Senhores (as),

O Conselho Editorial do MPMG Jurídico reitera o convite para que você também faça parte das nossas publicações como colaborador.

Para isso, você pode enviar os seus artigos ou comentários a fim de que eles sejam publicados em um boletim que, a cada dia que passa, consolida-se como um importante veículo de propagação da cultura jurídica no Brasil e no exterior.

Como sempre lembramos, os textos devem ser redigidos de forma clara, pontual, direta e de fácil compreensão, bem como digitados no formato *Word for Windows* — versão mais atual — com, no máximo, 60 (sessenta) 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 cm para o texto principal e 1,5 cm para as citações; 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, no 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 seja da sua vontade, também poderá encaminhar a sua foto 3X4 (ou digital com boa resolução) e titulação correspondente para serem divulgadas no corpo do texto. É necessário, ainda, fornecer endereço (o qual não será divulgado) para fim de encaminharmos um exemplar do boletim e do certificado de publicação científica do número 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

Jacson Rafael Campomizzi – Diretor Executivo

Paulo Roberto Moreira Cançado – Gestor Financeiro

Elaine Martins Parise – Coordenadora Editorial Jurídica

Alceu José Torres Marques – Coordenador Editorial Institucional

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

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 A reconstrução do dolo na teoria do delito

Fábio Guedes de Paula Machado

Promotor de Justiça do Cidadão de Uberlândia – MG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia, Doutor em Direito Penal pela USP, Mestre em Direito Processual Penal pela PUC/SP, Pós-graduado em Direito Penal pela Universidad de Salamanca – Espanha, ex-Investigador Científico no Max-Planck-Institut, em Freiburg im Breisgau – Alemanha. Professor-doutor do programa de Mestrado da Universidade de Itaúna/MG



Fábio Guedes de Paula

Introdução

Não é raro ver-se na rotina criminal dúvidas acerca da formulação de uma imputação a título de dolo ou culpa, nos delitos que a possibilitam, ou até mesmo na imputação dolosa ou não imputação, em não havendo a previsão do crime culposo. O certo é que essa dúvida acarreta injustiça em muitos casos, a ponto de abalar a paz social, senão opera-se em manifesta

desobediência metodológica.

Diante da questão posta, faz-se necessário, ainda que brevemente, tecermos considerações sobre o desenvolvimento epistemológico em torno do tipo subjetivo.

Tem o dolo origem no Direito Romano e, entre outros institutos integrantes da teoria do delito, sofreu profundas modificações diante das mudanças metodológicas jurídico-penais.

Não obstante decorridos mais de um século desde o surgimento da dogmática penal, até hoje se apura um liame tênue entre dolo e culpa. Isso traz dúvidas e margens de insegurança no seu reconhecimento e conseqüentemente impossibilita a segurança jurídica e a paz social como atributos da motivação da sentença e coisa julgada.

1. Breve apanhado do desenvolvimento epistemológico da dogmática penal

Desde a sua aparição, no final do século XIX, é certo que a dogmática jurídico-penal não parou de se desenvolver. E assim o fez com o propósito de dar respostas aos conflitos sociais, objetivando construir uma justiça possível. Nesse aspecto, não se pode olvidar que a dogmática jurídico-penal se identifica com a idéia de ciência do Direito em um dado tempo e espaço e traz consigo aspectos íntimos de um povo e sua cultura. Também se mostra como importante ingrediente para a construção de um sistema de conceitos elaborados à configuração da sociedade.

Verificamos, ao longo do desenvolvimento epistemológico do Direito Penal, diversas influências teóricas, e cada qual permitiu a formação de inúmeros conceitos, notadamente os

inerentes aos elementos do delito e sua estrutura, e isso sempre em manifesto emprego de coerência metodológica.¹

Apenas a título de citação acerca das principais metodologias,² primeiramente, o sistema naturalista, também chamado sistema clássico do delito ou sistema Liszt-Beling, foi construído sob a influência do positivismo, para o qual ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável. Logo, seus conceitos são avalorados e por serem empíricos estão sujeitos à classificação. Nas categorias do delito ocorre a classificação das elementares em objetiva e subjetiva e descritivas ou valorativas. Aqui, tudo que for ligado ao injusto (tipicidade e antijuridicidade) será objetivo. Já o subjetivo reúne a culpabilidade, sendo que tipo e culpabilidade serão puramente descritivos.

Essa metodologia foi alvo de críticas insuperáveis. No âmbito metodológico não há como o Direito, enquanto sistema de valores, solucionar seus casos unicamente com o emprego da causalidade (teoria da equivalência dos antecedentes causais). Note-se que é inerente ao Direito valorar o objeto de consideração, e em decorrência o ponto central desloca-se do campo do naturalismo e ingressa no mundo jurídico. O caráter classificatório e formalista desse sistema construído desde a subsunção formal do fato à norma impede qualquer valoração superveniente pelo aplicador do Direito.

Com a ascensão do pensamento advindo da filosofia de valores (Windelband e Lask) e seu ingresso no Direito, particularmente na teoria do delito, estabeleceu-se o método referido a valores, vez que as questões da vida em sociedade não conseguem ser plenamente solucionadas pelas regras da natureza. Além do que o Direito não é uma ciência da natureza; ao contrário, ela é humana, é do espírito.

Essa mudança metodológica denominou-se “sistema neoclássico ou neokantismo”. Por ser ciência fruto do espírito, ou se se preferir, da cultura. Aqui se quer compreender os fatos atribuindo finalidades e valores. Originou-se, então, a formação de um sistema teleológico referido a valores.

Ao buscar compreender os fatos, estabeleceu-se que cada qual possui fundamentação material, o que acarretou na (re) classificação do delito em categorias sistemáticas de maneira a permitir que cada um atendesse à sua finalidade. Isso equivale a

dizer que todos os elementos do conceito de delito e suas partes integrantes ganharam o conteúdo material, v.g. tipicidade material, antijuridicidade material, culpabilidade material etc., o que indiscutivelmente proporcionou um grande avanço dogmático penal. Porém, estabeleceu também o positivismo jurídico e seus “apriorismos categóricos”, imutáveis, portanto, dado que o Direito integra um sistema fechado, ou seja, não troca informações com o meio circundante, e se reproduzia através de si próprio.

Com o escopo de superar o modelo neokantiano, inicialmente nos anos 30, e posteriormente com grande repercussão no pós-guerra, surge o finalismo welzeniano arrimado na lógica da coisa, no sentido de que o direito deve estudar a realidade, submetê-la a uma análise fenomenológica, para somente após tecer consideração jurídica. Aqui deparamos com considerações antropológicas próprias do ser, no sentido de que o homem só age em busca de um fim. Ela, aliás, é fruto da natureza humana, o que se convencionou chamar de estrutura lógico-real. A máxima *o homem por ser inteligente dirige o seu saber causal, e por assim ser a ação que realiza desde logo é intencional, e por consequência dolosa ou culposa*, exalta a estrutura de Hans Welzel. Isso acarreta a relocação do dolo e da culpa no tipo penal, transformando-se a culpabilidade em exclusivo juízo de reprovação pelo livre arbítrio, estabelecendo os demais elementos como sendo o poder agir conforme o direito, a imputabilidade e o conhecimento do proibido (consciência da ilicitude).

Sobre a filosofia finalista, suas críticas recaíram sobre o positivismo naturalista e sociológico, isto é, o neokantismo e suas concepções relativistas-valorativas-normativistas, com o intuito de afastar a teoria dos valores, formando, em troca, estruturas lógico-objetivas (*sachlogische Strukturen*). Estas estabelecem a vinculação entre valoração e realidade ôntica, que é para esse sistema a ação, erguendo, destarte, como resposta toda uma estrutura em torno da ontologia.

Tem o finalismo origem distante na construção aristotélica, na fenomenologia, nas novas direções da psicologia do pensamento do século XX e na teoria sociológica de Max Weber, por onde o objeto que se quer analisar condiciona os resultados do raciocínio científico. Portanto, não é verdade que os resultados das ciências culturais não dependam exclusivamente das valorações científicas.³

Estrutura-se a teoria finalista a partir do fundamento lógico-objetivo, isto é, o ser em busca do conhecimento através do método fenomenológico. Em decorrência dessa premissa, o ser humano tem percepção e conhecimento acerca das situações da vida – realidade e valor. Logo, ele tem capacidade de prever determinada medida a partir das bases de seu saber causal e as possíveis consequências de sua atividade. Dizia Welzel que a ação não é um processo causal, mas é um processo de sentido em que a tipicidade não se esgota na causalidade, senão na atividade humana, razão pela qual dolo e culpa não podem permanecer na culpabilidade.

Com isso, quer Welzel dizer que o ser humano organiza a sua conduta de acordo com um sentido que lhe é imposto em

decorrência de sua função cosmológica. Ou seja, o homem tem um projeto de ação antecipadamente inscrito a ele como condição da própria humanidade, e esse projeto de ação é o projeto finalístico.

Portanto, é correto afirmar-se que a teoria finalista nasce de uma concepção filosófica na qual se reconhece o ser humano. Ele, em razão dessa sua condição, tem um projeto de ação orientado a determinados fins que assegurem o seu bem-estar como pessoa humana e que se resumem na defesa da vida, da liberdade e do patrimônio. Pode-se então dizer que aqui reside o fundamento ontológico da teoria da ação.

A finalidade para Welzel decorre desse projeto de ação que se assegura à pessoa humana. Não é um projeto puramente causal, mas é de sensibilidade com relação à realização da pessoa humana no mundo e, portanto, não está vinculado a uma simples observação empírica ou tampouco a uma mera formulação normativa. Acerca dessa ação, ela não é uma atividade que o Estado configure, nem é uma atividade causal, mas é uma atividade que decorre do próprio fundamento da pessoa humana. Ela não pode desvincular-se do seu projeto de ação no mundo, e este é o projeto final.

Para Welzel, a ação humana é o exercício da atividade finalista que se funda sobre a base do conhecimento causal do homem, podendo prever as possíveis consequências de sua atividade, de forma que, a partir dessa constatação, o homem pode se propor objetivos e dirigir suas atividades em obediência à conquista de seu desígnio. Essa vontade, que é consciente, de conquistar o objetivo é o dolo, que a propósito constitui-se como o núcleo dessa concepção. Desse modo, o desvalor da ação é a inobservância dos valores ético-sociais fundamentais do atuar jurídico manifestado efetivamente. Assim, apenas as ações e não os resultados podem ser objetos de proibição. Além do que o resultado é irrelevante para o injusto, porque sua produção ou não produção depende de “azar”, figurando como condição objetiva de punibilidade.

Ainda que tenha tornado um grande avanço dogmático, o finalismo sofreu duras críticas. Entre outras, destaca-se que o injusto penal não pode distanciar-se da realidade das coisas, ou seja, ação e resultado devem ser compreendidos conjuntamente. Também, reuniu categorias indemonstráveis, as ontológicas, como melhor exemplo o livre-arbítrio, e o poder agir conforme o Direito e consequentemente a insustentabilidade das causas exculpantes, eis que nelas o agente é culpável, porém torna-se isento de pena, sem qualquer justificativa que a ampare.

Em troca, é dito que o método ontológico das estruturas lógico-objetivas não nasceu com a pretensão de marcar um determinado modelo social ou político, senão na tentativa de superar o Direito natural e o positivismo jurídico, como também de estabelecer teoricamente um limite à atividade legislativa do Estado em favor do respeito à autonomia da pessoa.⁴

De qualquer modo, há de se destacar que o embate travado por causalistas e finalistas dominou a segunda metade do século

XX, tendo hoje perdido importância diante da constatação de que “são mais as semelhanças do que as diferenças entre as duas teorias que sobressaem, pois ambas fundamentam o sistema de Direito Penal em categorias ônticas, livres de valores desvinculados dos objetivos sociais e político-criminais”.⁵

2. A ruptura do modelo ontológico

Em verdade, a partir dos estudos que originaram a concepção do Projeto Alternativo de Código Penal alemão, e com a publicação de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal” em 1970, por Claus Roxin, estabeleceu-se uma nova metodologia que se convencionou chamar de “Funcionalismo racional-teleológico”. Por escopo filosófico, pretendeu seu criador a superação do modelo ontológico de Welzel pelo normativismo amparado nos contornos e princípios de um Estado Social e Democrático de Direito. Aqui se estabeleceu a função preventiva do Direito Penal, calcada nas teorias dos fins da pena, na teoria da imputação objetiva e na criação do conceito reitor de responsabilidade. Este último reuniu os elementos culpabilidade e necessidade preventiva de pena.

Paralelamente, e ainda em formação, Günther Jakobs desenvolveu o “Funcionalismo sistêmico”, com vinculação na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, somando-se à normatividade hegeliana, em manifesto antagonismo com a ontologia. Nessa concepção, fundamental é a sociedade e seu bom desenvolvimento. Nós, cidadãos, somos subsistemas, e possuímos papéis a cumprir advindos das expectativas cognitivas que sobre nós recai. Ao quebrarmos uma expectativa e, se se mostrar necessário para o restabelecimento da confiança da norma e de sua vigência, uma pena será aplicada, eis que o sujeito mostrou-se infiel ao Direito, e por isso ele é culpável.

Em suma, quanto à perspectiva normativa, ela se apóia na realidade que vivemos, sendo esta valorada. Em seguida, os conceitos subjetivos, v.g., o dolo, consideram-se títulos de atribuição; e, por fim, o Direito Processual adquire um papel relevante quanto a proposta de definição dos elementos assim considerados, satisfazendo-se através das provas legalmente estabelecidas, ou seja, contenta-se com a verdade forense.⁶

Com isso, não se busca que o Juiz resolva os conflitos com base em conhecimentos que não consegue demonstrar, ou que não tem acesso, como é o caso daqueles que envolvem a psique do sujeito, ou o dolo. Renovam-se aqui as questões tormentosas acerca da opção pelo dolo ou pela culpa, comumente surgida na práxis forense.

3. O dolo

Entre nós brasileiros reina soberana a filosofia finalista na práxis forense, ainda que alguns pioneiros já se mostrem adeptos da estrutura funcionalista de Roxin ou Jakobs.

Decompondo brevemente o dolo finalista, também chamado de natural por não trazer junto a si a exigência sobre o conhecimento do mandamento proibido, são seus elementos

a vontade e o conhecimento, nessa respectiva ordem de importância. A vontade implica o desejo arquitetado pelo sujeito de atingir um determinado fim. Por sua vez, o conhecimento manifesta-se pela ciência ou informação do sujeito daquilo que vai ou já está fazendo, bem como das condições exteriores e inerentes à vontade.

Para fundamentar a presença desses elementos, as teorias da vontade, da representação e do assentimento, exsurgem como suficientes, e daí decorrem o dolo direto e o indireto. Pelas regras e máximas de experiência, a determinação do dolo se perfaz através da resposta afirmativa à indagação “quis o sujeito obter aquele determinado resultado?” Note-se, aqui, que dessa questão se desenvolveu a polêmica em torno dos limites do dolo e da culpa, precisamente “é dolo eventual ou culpa consciente”?

Agora, se trocarmos de metodologia de Direito Penal, e se nos afastarmos dos conceitos psicológicos que não encontram possibilidade de comprovação no processo penal,⁷ para em seu lugar elegermos a concepção normativa, temos aqui que dolo e imprudência se configuram como conceitos normativos, e assim devem ser determinados pela dogmática e jurisprudência, mediante a interpretação do Direito positivo. Ainda sobre essas formas de imputação, ambas têm como fundamento “a infração de um dever como realização da norma de conduta”.⁸ Para a aplicação dessa concepção, devemos analisar a conduta do sujeito doloso em função do padrão objetivo do expectador mediano. Por padrão genérico, haveremos de entender como uma medida que nos serve para valorar se a decisão prévia ao fato é uma decisão que cabe esperar de um cidadão que se pressupõe motivado a cumprir a norma.⁹ Disso decorre que o autor doloso tem o dever direto ou imediato de evitar um fato típico, enquanto o autor imprudente possui o dever de evitar indireto ou mediato: o dever de cuidado. Nesse aspecto, não nos olvidemos que o injusto doloso é o protótipo do injusto penal, enquanto o injusto imprudente é excepcional.

Parte Feijó da definição de dolo como sendo “o injusto que se caracteriza porque uma pessoa toma a decisão de realizar um fato apesar de conhecer (abarcar intelectualmente) todas as circunstâncias fáticas que vão converter este fato em um fato típico.”¹⁰ Ou seja, no injusto doloso o autor se decide com conhecimento do alcance de sua decisão por uma atuação jurídica-penalmente relevante. E essa decisão contrária aos bens jurídicos será o elemento volitivo.

Mostra-se evidente que nessa concepção o centro de gravidade do dolo é o conhecimento do sujeito, e este reside no perigo de produção do resultado lesivo. Até porque o resultado não pode ser conhecido pelo sujeito por se tratar de um evento futuro. Em verdade, ele somente poderá ser alcançado a partir de cálculo, previsão ou profecia. Por fim, o dolo se caracteriza pelo conhecimento sobre o risco e não sobre o resultado.¹¹

Quanto à exaltação do elemento “conhecimento”, o Código Penal brasileiro, em seu art. 20, ao tratar do erro de tipo, exclui ou atenua a responsabilidade do sujeito pela exclusão do dolo, se o sujeito erra sobre elemento constitutivo do tipo legal. Sem

dúvida, reconhece-se que este erro recai sobre o conhecimento, e não sobre o elemento psicológico da vontade.¹² Acerca dessa última possibilidade, nem sequer há menção na lei penal. Ou seja, não é estabelecida qualquer consequência para a ausência de um “querer” relacionado com o tipo objetivo.¹³

Pode-se também dizer que o dolo configura-se a partir do autor que, devido ao conhecimento do fato típico tem o dever de evitar a realização do tipo. O que quer dizer que, se não faz, infringe diretamente a norma que estabelece o dever de evitar os fatos típicos descritos na parte especial. Noutras palavras, o autor doloso conta com uma informação suficiente ainda que não completa, enquanto que o autor imprudente baseia sua ação em conhecimentos defeituosos ou errôneos.

Acerca dessa diferença, enquanto no dolo supõe a decisão de realizar um fato típico desfrutando o autor de dados suficientes para calcular a possibilidade, na imprudência tem de supor uma decisão de realizar um fato típico não tendo o autor a seu alcance todos os dados relevantes para a norma, porém sendo essa decisão desvalorada por supor uma falta de cuidado.¹⁴

Pelo contrário, se o autor imprudente só deixa de evitar uma conduta que pode dar lugar ao fato típico se se dá uma série de circunstâncias que o autor não conhece, porém, deveria ter

tido cuidado ou um maior cuidado.

Conclusão

Em se considerando os aspectos de uma sociedade contemporânea, caracterizada pelo dinamismo e pelas informações distribuídas imediatamente aos seus cidadãos, o que proporcionou maior compreensão de seus direitos e obrigações, como também de conhecimentos variados de amplitude indeterminada, somando-se ainda o fato de que essa mesma sociedade assimila comportamentos de risco, e insere-se no amplo contexto da globalização, é certo que o homem potencializou seus conhecimentos em direção à sua responsabilidade e aos seus deveres.

Essa mudança filosófica impôs reflexos no âmbito dogmático, substituindo-se aspectos ontológicos e indemonstráveis, para em seu lugar fixar a normatividade.

No âmbito do tipo subjetivo, e particularmente o dolo como sua maior acepção, sobrepõe-se como resultado dessas modificações e assim ganha relevância, o elemento conhecimento, subordinando-se a ele o elemento volitivo.

O dolo será designado pela violação de um dever conhecido pelo sujeito, não podendo em troca argüir ausência de vontade.

Bibliografia

- BORJA JIMENEZ. **Algunos planteamientos dogmaticos en la teoria juridica del delito en Alemania, Italia y España.** Cuadernos de Política Criminal. n. 63.
- DÍAZ PITA, Maria del Mar. **La preseaunta inexistência del elemento volitivo em el dolo y su impossibilidad de normativización.** Revista Penal n.º 17, enero 2006.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **La distinción entre dolo e imprudência en los delitos de resultado lesivo.** Cuadernos de Política Criminal n.º 65, 1998.
- GRECO, Luis. **Introdução à dogmática funcionalista do delito.** Revista Jurídica, n.º 272.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A teoria da imputação objetiva (Zurechnung) e a fidelidade ao método.** Boletim do Instituto de Ciências Penais, n.º 9, outubro de 2000.
- PRADO, Luiz Régis Prado. **Curso de direito penal brasileiro.** 5.ª ed. São Paulo : RT, 2005, vol. 1.
- ROXIN, Claus. **Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de derecho penal. Dogmática penal.** Trad. Manuel A. Abanto Vásques. Idemsa : Lima, 1998.

Notas

- 1 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A teoria da imputação objetiva (Zurechnung) e a fidelidade ao método.** Boletim do Instituto de Ciências Penais, n.º 9, outubro de 2000.
- 2 Sobre o tema, vale destacar no Brasil o artigo pioneiro de Luís Greco, **Introdução à dogmática funcionalista do delito.** *Revista Jurídica*, n.º 272, p. 35-63.
- 3 Com amparo na lição de Welzel, na obra *Introducción a la filosofía del Derecho*, destaca Luiz Régis Prado, no seu *Curso de direito penal brasileiro*, p. 81, que a gênese do pensamento finalista advém do filósofo Richard Höningwald, esboçada em *Fundamentos da Psicologia do Pensamento*, como também nos trabalhos dos psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhem Peters, e dos fenomenologistas P. F. Finke e Alexander Pfänder, e não em Nicolai Hartmann, embora este tenha contribuído posteriormente na reformulação de seu pensamento.
- 4 BORJA JIMENEZ. **Algunos planteamientos dogmaticos en la teoria juridica del delito en Alemania, Italia y España,** *CPC*, n. 63, p. 603.
- 5 ROXIN, Claus. **Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de derecho penal.** *Dogmática penal*, p. 26.
- 6 DÍAZ PITA, Maria del Mar. **La preseaunta inexistencia del elemento volitivo em el dolo y su impossibilidad de normativización.** *Revista Penal* n.º 17, enero 2006, p. 65.

7 Não se pode negar que, historicamente, o problema da prova do dolo sempre recaiu sobre o elemento volitivo. Sob a concepção normativa, a ausência de vontade se traduz em linguagem processual na desnecessidade de sua prova. Quanto a prova sobre o elemento conhecimento por parte do sujeito, fica restrita à ciência

2. ENTREVISTAS

2.1 Rodolfo de Camargo Mancuso

MPMG Jurídico: *Quais as principais conquistas e os principais obstáculos destes vinte anos de ação civil pública?*

Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso: A principal conquista é a possibilidade de, por meio desse tipo de ação, as políticas públicas poderem ser objeto de judicialização. Isso antes praticamente ficava restrito à ação popular e, agora com ACP, assuntos de grande impacto social, como meio ambiente, defesa coletiva de consumidor e tutela de patrimônio público, puderam ser judicializados. Então, a importância da ação civil pública é, justamente, possibilitar ao Poder Judiciário participar do processo geral de boa gestão da coisa pública. Portanto, o salto de qualidade que a ação civil pública trouxe foi exatamente o de mudar o perfil do Poder Judiciário que, de simples aplicador de norma fato, passou a ser convocado a se posicionar com relação a problemas e assuntos que implicam escolhas primárias, em opções políticas. Cito como exemplo a transposição do Rio São Francisco. Em princípio, é uma questão de política de recursos hídricos que poderia ficar restrita a órgãos da administração que cuidam desse assunto, mas que, por causa da judicialização, terá a tomada de posição do Poder Judiciário. A ação veio ao encontro da diretriz da democracia participativa e não apenas representativa. Ela veio também ocupar um espaço deixado pela pouca efetividade da ação popular. Apesar de ser uma ação também voltada para a tutela de interesses difusos relevantes como meio ambiente e moralidade administrativa, com o passar do tempo, a ação popular foi se enfraquecendo, porque ela teve sua finalidade desvirtuada. Ela passou a ser utilizada para vinganças políticas e todo esse tipo de coisa, além de haver um problema com a legitimação, porque ela é restrita à pessoa física, que nem sempre está preparada para enfrentar uma batalha judicial com relação a assuntos de largo espectro social. A grande contribuição que a ação civil pública trouxe foi dar uma nova dimensão para o tripé do processo civil, ou seja, para a ação, para o processo e para o Poder Judiciário.

MPMG Jurídico: *O que o senhor acha da PEC que tramita no Congresso e que trata da competência da ação civil pública?*

Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso: Essa PEC é a parte da PEC 29 que voltou para a Câmara, onde está a parte da súmula impeditiva de recursos para o STJ. Ela tem esse dispositivo, que, a meu ver, traz entraves ao bom funcionamento da ação civil pública. Não é a primeira vez que isso se faz. A alteração que foi feita no Art. 16 da Lei de Ação Civil Pública restringiu a eficácia dos julgados aos limites da competência territorial do órgão prolator, visivelmente, confundindo problema de competência com limite subjetivo de coisa julgada. Lembro a restrição que também foi feita na parte de competência, com o acréscimo de um parágrafo no Art. 2º da lei. Enfim, de tempos para cá, tem-se visto tentativas recorrentes. De um lado, para enfraquecer o instituto e, de outro, para trazer uma zona de penumbra, que acaba dificultando esse tipo de ação. Essa proposta deveria ter o mesmo destino da alteração que foi feita no Código de Processo Penal, passando ações de improbidade para segundo grau, objeto de uma ADIN que está sendo julgada no Supremo Tribunal Federal. Isso não se justifica, pois são ações tipicamente de primeiro grau. No caso dessa alteração do Código de Processo Penal, há um vício grave, porque a ação que trata de improbidade administrativa tem natureza civil, ou, se quiserem, tem natureza de ilícito administrativo, que nada tem a ver com penal. Portanto, não se trata de infração de Direito Penal comum o fato de que certas autoridades acabem se beneficiando de foro privilegiado. A discussão está completamente deslocada. Também o está com relação à ação civil pública, porque como ela é uma ação de vocação ou de índole probatória

muito forte, não há como tratar esse tipo de ação em Tribunal de segundo grau, muito menos em Tribunal Superior. Isso não tem sentido. Isso desequilibra a situação entre as partes, porque vai contra o duplo grau de jurisdição. E uma ação que deveria começar em primeiro grau, passar por uma fase de maturação, de debate no efeito devolutivo amplo da apelação nos Tribunais de Justiça, nos Tribunais Federais, e, depois, mais sedimentada, mais depurada, chegar eventualmente no STJ ou no STF. Mas, processualmente, não faz sentido que a ação comece no STJ, pois sobrecarrega o Superior Tribunal de Justiça, como se fosse uma sorte de advocatória com relação a todas essas ações. Isso prejudica até o pólo passivo, porque é uma ação que passa a ser



Gisela Potério e Rodolfo Mancuso

Dando continuidade à divulgação das entrevistas realizadas durante a semana de comemoração ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 15.09.2005, a Procuradora de Justiça **Gisela Potério Santos Saldanha**, em nome do **MPMG Jurídico**, entrevistou uma das mais abalizadas autoridades sobre a ação civil pública e interesses difusos e coletivos, **Rodolfo de Camargo Mancuso**. Nesse encontro, discutiu-se sobre as principais conquistas e obstáculos da ação civil pública nos últimos vinte anos, os principais projetos em tramitação sobre a matéria, a legitimidade para a sua propositura e, ao final, o Rodolfo Mancuso deixou uma mensagem de otimismo ao Ministério Público brasileiro. A Coordenação Editorial do MPMG Jurídico, mais uma vez, agradece a inestimável colaboração da Dra. Gisela Potério e espera que os nossos leitores apreciem a entrevista.

de competência originária de Tribunal de cúpula. A discussão praticamente começa e termina ali, a não ser que haja alguma discussão paralela de índole constitucional, que permita recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Mas isso é totalmente fora da natureza da ação. Lembro, por exemplo, de um dispositivo da Lei 7.347, que dá o foro para esse tipo de ação no local do dano, para dar proximidade entre o órgão julgador e o local em que o dano ou a ameaça acontecerem. De maneira que, do ponto de vista técnico-processual, é realmente um grave equívoco levar esse tipo de ação para um Tribunal de cúpula, sediado no Distrito Federal.

MPMG Jurídico: *Na opinião do senhor, a ação de improbidade é uma espécie da ação civil pública?*

Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso: Há duas maneiras de se enfrentar essa questão, uma maneira doutrinária e uma prática. A doutrinária é muito comprida e portanto não tratarei dela aqui. Do ponto de vista prático, o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, origem da ação de improbidade, deixa claro que, além de responsabilidades penais, haveria outras responsabilidades a serem definidas numa lei. Essa lei, evidentemente, tem um caráter civil. Devido à gravidade de suas sanções, muita gente acha que é uma lei quase penal, mas, na verdade, é uma lei de natureza civil e de responsabilidade administrativa. A pergunta que se tem que fazer é a seguinte: qual o tipo de interesse que é veiculado nessa ação? Muita gente faz associação entre interesse civil público e interesse difuso. No caso, não é interesse difuso, porque é um interesse que tem titular, especificamente, a Fazenda que foi lesada. Se houver recuperação de ativo financeiro, ele tem que ser entregue ao Tesouro lesado. Portanto, interesse que tem dono não é difuso. Se entendermos a ação civil pública como uma ação não-penal, que tenha uma finalidade pública, uma finalidade de se atender ao interesse público, pode-se fazer a afirmação de que se trata de ação civil pública nesse sentido. Não no sentido da denominação ‘civil pública’, que aparece na Lei 7.347, porque esta é voltada para interesses difusos, coletivos de sentido estrito individual homogêneo, que não é o caso do interesse veiculado na ação de improbidade. Mas, buscando harmonizar os textos, tem-se que ação civil pública é ação não penal cuja finalidade concerne à coletividade, ao interesse geral. Isso inclusive fica evidenciado, pela legitimação ativa na ação, que é deferida ao Ministério Público e à Fazenda lesada. Em decorrência de a Fazenda ser co-legitimada ativa, há quem ache que se trataria de interesse principalmente fazendário. Mas, como, na verdade, o dinheiro público é o aspecto pecuniário do patrimônio público, então, por conta dessa espécie inserindo dentro do gênero, é que se define a legitimação para o Ministério Público. Então, acho que está correta a lei ao dar essa co-legitimação para o Ministério Público e para a Fazenda lesada.

MPMG Jurídico: *A legitimidade ativa da ação civil pública deve ser interpretada de forma aberta e flexível ou de forma restritiva?*

Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso: Acho que ela é mesmo aberta, porque é uma legitimação de tipo concorrente disjuntivo. Isso foi feito propositadamente pelo legislador para guardar simetria com o largo espectro do objeto da ação, ou seja, evitou-se cair no erro da ação popular, que tem um objeto muito largo e a legitimação fechada no cidadão eleitor. A ação civil pública tem um espectro aberto com relação aos interesses nominados e ainda abre para outros direitos difusos e coletivos. Como se vai ter uma abertura no espectro objetivo, no objeto da ação, então, a interpretação melhor é aquela que amplia a legitimação ativa no sentido, por exemplo, de permitir também a participação de sindicatos, em vez de focar exclusivamente em associações. Por conta disso, não faria sentido fazer-se interpretação restrita. A vertente mais lógica sinaliza para uma abertura na legitimação.

MPMG Jurídico: *Qual mensagem o senhor deixa ao Ministério Público nesse momento de crise política no país? Qual a importância do Ministério Público neste cenário atual?*

Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso: Dessas instâncias todas que são credenciadas para a tutela desse tipo de interesse, a que apresenta visivelmente a maior credibilidade social é o Ministério Público. Digamos que ele parece ser a última esperança no manejo sério e desinteressado desses valores maiores dentro da sociedade. O Ministério Público, a despeito das dificuldades evidentes que enfrenta, não deve esmorecer. Ele deve insistir. Há uma expectativa muito grande na Instituição por conta disso, e ele deve reunir todas as forças no sentido de corresponder a essas expectativas. Deve lutar sempre, porque sempre haverá tentativas de solapar os textos que tratam dessas ações para enfraquecê-las, para trazer confusão à interpretação dos dispositivos. Acredito num Ministério Público de resultados. Ou seja, entendo que, além da ação, tem que haver uma avaliação concomitante, no sentido de ir se obtendo e totalizando dados, fazendo-se estatística para, inclusive, passar para a população. Seria interessante para o Ministério Público que, semestral ou anualmente, por meios de comunicação de massa, ele pudesse passar para a população o resultado prático da sua atuação em temas socialmente relevantes, como meio ambiente, tutela coletiva de consumidor, patrimônio cultural. Essas informações deveriam englobar os problemas que existiam, as providências que foram tomadas e os resultados que foram alcançados. Acho que é interessante passar esse tipo de informação para a população em termos mais compreensíveis, pois isto aproximaria a Instituição ainda mais da coletividade.

2.2 Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva

MPMG Jurídico: Durante sua exposição na Semana do Ministério Público realizada pela PGJ-MG o senhor afirmou que há uma reconfiguração da punição e dos fins da pena. Em que consiste essa reconfiguração?

Carlos Augusto Canêdo: O que autores como Pat O. Malley ou David Garland estão discutindo diz respeito às possíveis mudanças nas formas de castigo determinadas pelo processo de crise do chamado modelo do estado de bem estar, processo iniciado já nos finais dos anos 70 e aprofundado nos anos 90 (Estado neoliberal). Isto porque, para aqueles definitivamente excluídos do acesso a qualquer tipo de rede de proteção assim como do mercado de trabalho, a pena funcionaria como um método de exclusão e expiação. Não é que isso não existisse antes, mas agora se encontra em um processo de aprofundamento.

MPMG Jurídico: Muitas pessoas criticam a Criminologia por ser uma ciência ou disciplina eminentemente teórica. Chegam a chamar os criminólogos de “reis sem reino”. O senhor concorda com essa crítica? Podemos visualizar a aplicação prática da Criminologia no Brasil?

Carlos Augusto Canêdo: Acho que não. Na verdade, existe um grande debate sobre o estatuto epistemológico da Criminologia, resultante principalmente da chamada crise da Criminologia Crítica. Mas não acho que a Criminologia seja uma disciplina somente teórica. Pelo contrário, principalmente por força das tradições inglesas e americanas, temos um grande volume de estudos empíricos sobre diversos assuntos.

MPMG Jurídico: Hoje está sendo dada muita ênfase na abordagem sociológica da criminalidade. O senhor acha que a sociologia pode ter as respostas para se diagnosticar a criminalidade no Brasil, mesmo sendo as principais teorias vindas dos Estados Unidos, Canadá, Inglaterra etc, realidades bastante distintas da nossa?

Carlos Augusto Canêdo: Embora as teorias criminológicas oriundas dos países do norte - notadamente da Inglaterra e dos EUA - influenciem-nos bastante, é claro que elas devem elas ser recepcionadas tendo em vista as nossas realidades periféricas. Um criminólogo como Alessandro Barata, por exemplo, logrou uma grande penetração no nosso subcontinente exatamente porque soube acoplar a nossa realidade às teorias vindas

da Europa e dos EUA. Assim, hoje, podemos encontrar diversos autores interessantes que escrevem e discutem a questão da criminalidade a partir da nossa periferia e tendo em vista a nossa realidade. Zaffaroni, por exemplo, parte, inclusive, de perspectivas ligadas à teoria da dependência (devidamente atualizada), um corpo teórico proveniente da América Latina.

MPMG Jurídico: Durante sua exposição o senhor comentou sobre a importância de importantes marcos teóricos para a Criminologia formados pelo pensamento de Foucault, Max Weber e de Emile Durkheim. Como fica a relação de poder e saber na atualidade quando lidamos com a punição dos violadores das leis penais?

Carlos Augusto Canêdo: O exercício do poder, como diria Foucault, consiste em guiar possibilidades de conduta e seus possíveis resultados. É basicamente uma questão de governo. Nesse sentido, governar é estruturar campos possíveis de ações de terceiros. Destarte, assim como se pode falar de um “governo de comunidades” ou de “um governo de famílias”, pode-se falar de um “governo da penalidade”.

MPMG Jurídico: Vivemos hoje no Brasil um momento de possível rompimento de paradigmas no Direito Penal entre o finalismo e o funcionalismo de Roxin e Jackobs. Cada vez mais se fala de imputação objetiva, ações neutras etc e nunca se escreveu e publicou tanto sobre o funcionalismo de Roxin. Podemos afirmar com isso que no Brasil o finalismo vai ser substituído pelo finalismo de Roxin ou o do próprio Jackobs? Há futuro para o finalismo em nosso País.

Carlos Augusto Canêdo: Não acho que estejamos propriamente às portas de um rompimento de paradigma. E continuo achando que, do ponto de vista dogmático, o finalismo ainda tem algo a nos oferecer. É verdade que não dá mais para trabalharmos naquela perspectiva de “estruturas lógico-objetivas”, tão cara aos finalistas. Mas isso não significa que não tenha futuro no Brasil. Trabalhar o dolo e a culpa na ação típica é uma contribuição dos finalistas, por exemplo. O grande espaço dado ao funcionalismo não significa necessariamente uma mudança de paradigma. Não se trata, ao meu ver, de substituição, mas de convivência, evidentemente naquilo que é possível.



Carlos A. Canêdo e Lélío B. Calhau

A segunda entrevista dessa edição do *MPMG Jurídico* traz dois grandes nomes do Ministério Público do Estado Minas Gerais, ambos notadamente respeitados por seu vasto conhecimento científico na área do direito penal e da criminologia. O Promotor de Justiça **Lélío Braga Calhau** entrevistou o Procurador de Justiça **Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva**, por e-mail, entre os meses de novembro a dezembro de 2006, ocasião em que debateram sobre relevantes temas da Criminologia Moderna. Na pauta de discussão, falou-se, ainda, sobre o futuro da teoria finalista no direito brasileiro, a importância da sociologia para diagnosticar as causas da criminalidade no país, entre outros pontos igualmente interessantes.

O *MPMG Jurídico*, nessa oportunidade, agradece aos Doutores Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva e Lélío Braga Calhau pela gentileza em oferecer aos nossos leitores o presente material que certamente agradará a todos.

3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 A natureza jurídica do Conselho Nacional do Ministério Público

Eduardo de Souza Maia

*Coordenador do Núcleo de Relações Públicas e Cerimonial
do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Bacharel em Relações Públicas
Bacharel em Direito*

A Emenda Constitucional 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, inovou no sistema jurídico nacional e introduziu dois novos elementos na estrutura estatal, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

Surgiram, ambos, como resultado de uma manifestação popular legítima pelo fim da impunidade e o desrespeito aos direitos do cidadão que ocasionalmente vinham ocorrendo pela ação leviana de alguns membros do Ministério Público e do Poder Judiciário que se ocultavam por detrás dessas instituições a fim de locupletarem-se às custas da sociedade.

Ressalte-se que o *parquet* e a magistratura jamais coadunaram com tais atitudes erradas e irresponsáveis de alguns de seus membros e que o Ministério Público apoiou a criação dos Conselhos desde a sua propositura por meio da PEC 96b/1992, de autoria do então Deputado Federal Hélio Bicudo. O Procurador de Justiça Nedens Ulisses¹ afirma na apresentação que fez de monografia de nossa autoria sobre o CNMP²: “importante inovação ocorrida em sede constitucional, que reflete a necessidade da existência de um controle externo tantas das atividades do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, com relação à qual, é bom que se registre, as lideranças do *parquet* nunca foram refratárias (...)”.

Não obstante, é certo, que a discussão e a criação do CNMP foi influenciada por cidadãos cujos objetivos inconfessáveis sempre foram o de limitar o poder do Ministério Público que, pela incansável e correta atuação de seus integrantes, vem se opondo aos desmandos e arbitrariedades que estavam entranhados na cultura nacional.

Surgiu, assim, o Conselho Nacional do Ministério Público com a legitimidade popular de um órgão constitucional especialmente criado para preservar a respeitabilidade e o bom trabalho do MP. É preciso, contudo, que a sua atuação se veja cercada das precauções necessárias para que não se torne instrumento de submissão do *parquet* e nem entrave à realização dos legítimos interesses da sociedade.

Com o propósito de garantir a autonomia funcional e administrativa de que goza o Ministério Público é preciso que

se conheça a natureza jurídica do Conselho, a fim de que sua delimitação precisa possa estabelecer ao mesmo tempo o alcance e os limites da atuação do próprio CNMP.

Mas, afinal, qual vem a ser a natureza jurídica da instituição?

Maria Helena Diniz³ informa tratar-se “da afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação. É o conjunto ou essência de um ser”.

À luz dos ensinamentos de Maria Helena Diniz, serão identificados abaixo os elementos que compõem o CNMP e identificam sua natureza jurídica.

a) O Conselho é órgão de composição híbrida. Sua constituição pressupõe a participação de integrantes do Judiciário, Legislativo, OAB e ainda da Presidência da República que, a par de não proceder à indicação, é responsável pela nomeação dos integrantes do Conselho.

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

- I - o Procurador-Geral da República, que o preside;
- II - quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;
- III - três membros do Ministério Público dos Estados;
- IV - dois juizes, indicados pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;
- V - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VI - dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Corolário dessa avaliação, é forçoso notar que a composição do CNMP é política, uma vez que seus membros são representantes de categorias que passaram por processo de indicação interna e sabatina do Senado Federal, antes de serem nomeados pelo Presidente da República.

b) O status constitucional do Conselho coloca-o em posição similar ao Supremo Tribunal Federal e demais órgãos de elevada envergadura nacional, pois o inciso II do artigo 52 da Constituição da República, com alteração feita pela Emenda 45, confere competência ao Senado Federal para processar e julgar os membros do Conselho Nacional do Ministério Público por crime de responsabilidade:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

Da leitura do artigo 52, inciso II, decorre a assertiva de que o membro do Conselho Nacional do Ministério Público, a exemplo dos do Conselho Nacional de Justiça, goza das mesmas prerrogativas dos demais elencados no inciso II e não se sujeita à jurisdição do STF no que compete aos crimes de responsabilidade, reforçando o caráter político da Instituição.

c) O Conselho Nacional do Ministério Público integra a estrutura estatal, mas não pertence ao Ministério Público brasileiro, diferentemente do que acontece com o Conselho Nacional de Justiça que é integrante do Poder Judiciário por força do artigo 92, inciso IA, da Constituição Federal.

Ao que se nota, o Poder Judiciário é dotado de um órgão de controle interno com participação mista exógena, enquanto o Ministério Público está sujeito a um controle participativo, dissociado da própria Instituição, configurando verdadeiro instrumento de controle externo, contemplando o sentido primeiro da Reforma.

d) A exemplo do próprio órgão que controla, o CNMP não tem vinculação ou subordinação aos Poderes constituídos, donde reconhece-se a sua autonomia. Sua própria concepção pressupõe a desvinculação como garantia do real exercício de suas atribuições. Como afirma Emerson Garcia⁴:

O Conselho Nacional do Ministério Público ocupa patamar similar ao ocupado pelo Ministério Público e pelo Tribunal

de Contas no sistema constitucional pátrio: órgão constitucional autônomo dissociado dos Poderes do Estado.

A autonomia do órgão, embora não esteja expressa na Constituição, é requisito indispensável à preservação da harmonia entre os Poderes e à própria existência do Ministério Público como Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Fosse permitido que um dos Poderes exercesse amplo domínio ideológico, material ou financeiro sobre o órgão, não se teria propriamente um mecanismo de controle, mas sim, um verdadeiro instrumento de imposição e subordinação.

Ao CNMP compete adotar medidas apropriadas ao exercício de suas atribuições de fiscalização e correção, promovendo o acompanhamento das irregularidades administrativas e financeiras com observância do cumprimento pelo MP de suas funções institucionais, sem ferir a autonomia da Instituição Ministerial, conforme determina o artigo 130A, parágrafo 2º, incisos I a V. Para tanto, deverá ser dotado de estrutura material e financeira, além dos recursos humanos próprios, seguindo legislação própria editada por Comissão Mista do Congresso Nacional que será criada com a finalidade de estabelecer as bases legais do funcionamento do Conselho Nacional do MP.

e) Por força do inciso I, parágrafo 2º do artigo 130A, pode-se afirmar finalmente que, além de instrumento de controle externo da atividade do Ministério Público, o CNMP constitui-se verdadeiro órgão garantidor das prerrogativas funcionais do *parquet*, já que a ele também compete: “Art. 130-A, parágrafo 2º, inciso I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.

Considerando-se as observações acima acerca do Conselho Nacional do Ministério Público, pode-se inferir, finalmente, que a natureza jurídica do CNMP o classifica como: Órgão autônomo, de composição mista e exógena, encarregado do controle externo das atividades do Ministério Público brasileiro, a ele competindo adotar as medidas necessárias para coibir irregularidades administrativas, financeiras e funcionais no âmbito dos MPs, sem que com isso comprometa a autonomia funcional do *parquet*, antes, zelando por ela.

Notas e referências bibliográficas

1 Nedens Ulisses Freire Vieira é Procurador de Justiça em Minas Gerais. Ex-presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. Ex-presidente da Associação Mineira do Ministério Público.

2 MAIA, Eduardo de Souza. Conselho Nacional do Ministério Público – limites à competência regulamentar. p. 7. Monografia para conclusão de curso. Fumec - Dezembro 2006.

3 DINIZ apud SILVA. Direito em debate. Disponível em: <direitoemdebate.net>. Acesso em: 16 set. 2006.

4 Emerson Garcia – Conselho Nacional do Ministério Público, primeiras impressões.

3.1.2 Listas partidárias: a discussão sobre o fechamento

Euder Monteiro

Aluno do curso de pós-graduação em Direito Eleitoral pelo Uni-BH, chefe do cartório da 140.ª Zona Eleitoral de Itaipava - MG, conciliador do Juizado de Conciliação da Comarca de Itaipava-MG e membro atuante do Grupo dos 9 do TRE-MG (grupo criado pela Portaria n.º 48/2004-TRE/MG para o aprimoramento das eleições e do ensino a distância).

O sistema proporcional por listas adotado no Brasil, conquanto tenha deficiências, consegue garantir às minorias (representadas, em tese, pelos partidos que recebem poucos votos de legenda ou nominais) uma porta para o Poder Legislativo. Mesmo com a possível adoção do sistema distrital misto, as listas continuariam a possuir um importante papel, considerando que, naquele sistema, parte dos candidatos aos cargos do Legislativo seria eleita pelo sistema proporcional em moldes similares aos de hoje. Apenas no sistema distrital puro não seriam utilizadas listas, o que, em tese, impediria a representação das minorias.

As listas são imprescindíveis para a proporcionalidade. Tanto é assim que o Mestre e Doutor em Ciência Política, Prof. Dr. José Antônio Giusti Tavares, em seu livro “Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas”¹, conclui categoricamente que “[...] o sistema de concorrência entre listas partidárias é o único consistente e coerente com a representação proporcional porque garante a participação no Poder da variedade de forças e projetos sociais, econômicos, ideológicos, políticos e culturais” (1994, p. 125).

Qualquer tentativa de reforma eleitoral que se queira realizar no Brasil deverá levar em conta os tipos de listas partidárias existentes, para que se possa escolher a mais conveniente ao aperfeiçoamento da representação política. Naturalmente, muitos outros aspectos deverão ser considerados, como, v.g., a proibição de coligações para a eleição proporcional, que, em última análise, transferem votos de um partido para outro, interferindo na proporcionalidade da representação. Ou o aperfeiçoamento das cláusulas de barreira (que, se não estiverem bem dosadas, podem prejudicar seriamente a proporcionalidade) e da fidelidade partidária. Enfim, um número quase interminável de aspectos. Entretanto, aqui se busca focar o sistema de listas.

Os tipos mais conhecidos são a lista aberta e a fechada, mas se faz importante analisar além destes, outros tipos. O Professor José Antônio Giusti Tavares (1994, p. 125), em sua obra já citada, estudou nada menos que trinta e oito variedades de sistemas eleitorais vigentes nas principais democracias representativas contemporâneas. O mestre faz um apanhado destas variedades, afirmando que

[...] há desde sistemas em que a eleição se faz por pluralidade de listas hierarquizadas, fechadas e bloqueadas em circunscrições de magnitude elevada até sistemas de representação proporcional integral em colégio eleitoral nacional único, existindo um *continuum* de posições intermediárias (1994, p. 18).

O professor também faz um relato histórico e evolutivo das listas, desde o antigo sistema de listas “Apparentées” francês

(para maiores detalhes vide pg. 100 de sua obra supracitada).

A esta altura, torna-se imprescindível relacionar os principais tipos de listas, a saber:

1. Listas Abertas ou Livres: Sistema em que o eleitor pode votar nominalmente ou apenas no partido. A definição do número de cadeiras ao qual cada partido terá direito é realizada, normalmente, por meio de quocientes e médias, como no Brasil. A ordem de ocupação das cadeiras dar-se-á pela maior votação nominal de cada integrante da lista, utilizando-se critérios de desempate que pode ser a idade do candidato, como ocorre em nosso País. Segundo Roberto Amaral², em seu artigo “A votação no sistema de listas”, este sistema é adotado também nos seguintes países, entre outros: Chile, Finlândia, Peru e Polônia.

O principal argumento favorável às listas abertas é a faculdade concedida ao eleitor para definir o candidato que será eleito preferencialmente, por meio do voto nominal, fortalecendo o vínculo entre eleitor e eleito. Entretanto, tal sistema promove uma concorrência pouco saudável entre candidatos de um mesmo partido, corroendo a autoridade partidária *interna corporis*. Demais disso, o voto nominal, ao gerar um vínculo pessoal entre o eleitor e o eleito, torna o partido político apenas um canal de acesso ao poder e não uma organização de mentes voltadas para a implantação de uma ideologia. Outrossim, no Brasil, o voto nominal é também conferido à legenda, o que faz com que o eleitor ajude a eleger outros candidatos em que não votou nominalmente.

Com efeito, muitas vezes, o candidato votado pelo eleitor não é eleito, mas o voto, que fora aproveitado para a legenda, elegeu um desconhecido para o votante. Outras vezes, uma estrela do partido ajuda a eleger desconhecidos, como ocorreu de forma extrema com os correligionários do Deputado Enéas nas eleições passadas.

A revista *Veja*³, citando a cientista política Lúcia Hippolito, descreveu esta desvantagem da seguinte forma:

[...] o voto proporcional, formado pela combinação de legenda partidária, coligação e sobras eleitorais, gera uma distorção no sistema eleitoral, pois infla os candidatos com votos que no fundo eles não receberam. Para se ter uma idéia, na atual legislatura apenas 33 dos 513 deputados federais (menos de 6,5% da Câmara) foram eleitos com os próprios votos, ou seja, atingiram o quociente eleitoral. O eleitor pode até saber em quem votou, mas não sabe que acabou elegendo outros com seu voto [...] (2006, p.63-64).

As listas abertas ainda admitem a possibilidade do voto

cumulativo (votar mais de uma vez no mesmo candidato ou em mais de um candidato) e também do antigo e superado “panachage” francês (incluir candidatos de partidos diferentes em cada lista, votando na legenda de um partido e em um candidato individual de um partido diferente).

2. Listas fechadas bloqueadas: Esta lista é apresentada pelo partido já com a ordem de preferência dos candidatos. Por isso é chamada também de “**fechada hierarquizada**” ou “**pré-ordenada**” ou ainda “**rígida**”. Ao eleitor cabe apenas escolher sua lista preferida (apenas voto de legenda), não podendo votar em um candidato específico.

Caso esse tipo de lista fosse adotado, seria imprescindível criar mecanismos de democracia interna no âmbito partidário para viabilizar uma elaboração justa e democrática da ordem de preferência. O ex-presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Sepúlveda Pertence, em entrevista concedida à Folha de São Paulo⁴, lembrou-se das desvantagens destas listas:

[...] vários países praticam a lista fechada. Enquanto nós discutimos os defeitos da lista aberta, eles se desesperam com os defeitos da lista fechada. Um deles é o anonimato do parlamento, porque toda a campanha se faz em torno de algumas estrelas do partido ou do candidato a presidente. E o parlamento é composto por figuras desconhecidas do eleitor (2006, [s.p.]).

Por outro lado, as vantagens da lista fechada estão no fortalecimento dos partidos políticos e no destaque à ideologia e coesão partidárias. Além disso, resolveria a distorção citada na revista *Veja*, facilitando o aperfeiçoamento da fidelidade partidária.

3. Listas fechadas não bloqueadas, também conhecidas como *semiflexíveis*: Da mesma sorte que as listas fechadas, os candidatos são apresentados de forma pré-ordenada pelo partido. Entretanto, o eleitor pode votar na lista específica e no candidato de sua preferência ou, em alguns países, em mais de um candidato. Caso algum candidato da lista receba um número mínimo legalmente definido de votos, o mesmo sobe na preferência, podendo inclusive alcançar a primeira posição, sempre dependendo do número de votos nominais que obtiver.

Basicamente, esse tipo de lista conjuga vantagens e desvantagens da lista bloqueada e da não bloqueada, mas abre uma brecha para que os candidatos nominalmente bem votados sejam favorecidos, o que pode ser considerado um aperfeiçoamento. Por outro lado, mantém o desvirtuamento do favorecimento à figura pessoal dos candidatos e quase todas as desvantagens do sistema de listas abertas.

4. Listas flexíveis: Roberto Amaral⁵, em seu artigo supracitado, descreve a lista flexível como uma lista fechada em que o eleitor aceita a ordem imposta pelo partido, mas ao mesmo tempo pode votar nominalmente em um candidato que, dependendo da

quantidade de votos nominais que obtiver, pode subir na ordem predeterminada ou ser eleito independentemente de sua posição na lista (2006, p. 03).

Trata-se, portanto, de uma variação da lista descrita no item anterior. Entretanto, aqui, a flexibilidade é maior. A lei definiria um número menor de votos nominais necessários para que o candidato suba na preferência da lista, ou permitiria a eleição independentemente dela. Esse modelo foi sugerido, com certa variação, pelo Deputado Federal Maurício Rands⁶, nesta legislatura (2005, p. 15).

Paulo Bonavides⁷, sobre a flexibilidade das listas, afirmou:

Tem esta técnica um aspecto positivo que a faz recomendável: dá ao eleitor o ensejo de abrandar o rigor do voto partidário tão típico do sistema de representação proporcional e conciliá-lo com o voto na personalidade do candidato, sem que se verifique portanto quebra dos laços partidários (2001, p. 255).

Tratando-se, como dito, de mera variação do sistema anterior, mantêm-se obviamente as mesmas vantagens e desvantagens. Entretanto, a maior flexibilidade tende a levar aos mesmos parâmetros da lista aberta, na prática.

Conclusão

Uma rápida análise dos tipos de listas já seria suficiente para concluir que sempre haverá importantes vantagens e sérias desvantagens de cada um.

Talvez não se estivesse falando em reforma política não fossem os escândalos como os dos “anões do orçamento” e, mais recentemente, dos “sanguessugas” e “mensaleiros”. Com efeito, o que falta é caráter e moralidade aos homens públicos e aos cidadãos que os elegem. Sem isso, estaríamos em uma eterna correção de distorções, o que não deixaria de ocorrer, por exemplo, se a lista fechada, em quaisquer de suas modalidades, fosse adotada.

Demais disso, para possibilitar o fechamento das listas (bloqueando-as ou não; flexibilizando-as ou não) no Brasil, os partidos deveriam estar muito mais fortes e amadurecidos. A democracia interna das agremiações partidárias precisaria imprescindivelmente estar mais arraigada e protegida por Lei. O eleitor teria de estar mais atento às tendências ideológicas e pragmáticas de cada partido. Enfim, a lista fechada exigiria uma série de aperfeiçoamentos e as vantagens da lista aberta superam suas desvantagens tão-somente pelo fato de conferir aos eleitores o poder de ordená-las inteiramente pelo voto nominal. Entretanto, seria conveniente que a lei exigisse um mínimo de votos nominais para a eleição do candidato. Destarte, evitar-se-ia o efeito Enéas. Ou seja, antes de fortalecer os partidos, deve-se fortalecer o próprio voto.

NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- 1 TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. [s.n.]. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- 2 AMARAL, Roberto. *A votação no Sistema Proporcional*. Cebela, São Paulo, 04 set. 2006. Disponível em: <http://www.cebela.org.br/CbartigosDet.asp?artigo=49> Acesso em: 04 out. 2006.
- 3 [...]. *Veja*, São Paulo, Ano 39, n.1970, p.63-64, ago. 2006.
- 4 PERTENCE, Sepúlveda. Entrevista concedida à *Folha de São Paulo*. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 16 set. 2004. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u63307.shtml> Acesso em: 04 out. 2006.
- 5 AMARAL, Roberto. *A votação no Sistema Proporcional*. Cebela, São Paulo, 04 set. 2006. Disponível em: <http://www.cebela.org.br/CbartigosDet.asp?artigo=49> Acesso em: 04 out. 2006.
- 6 RANDS, Maurício. *A hora e a vez da reforma política*. [s.n.]. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de publicações, 2005.
- 7 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

3.1.3 Princípio da soberania popular

Alexandre Tadeu Mansur Silva
Assessor Jurídico – TRE/MG

1. Introdução

A democracia é direito fundamental de quarta geração, pois como ensina Paulo Bonavides¹, dela “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Poder-se-ia escrever laudas e laudas sobre o tema democracia dada a dimensão e complexidade do assunto, porém, apenas para situar o leitor, serão feitas breves digressões sobre o tema, para somente após, discorrer algumas considerações sobre o princípio da soberania popular.

2. Democracia

José Afonso da Silva² diz que

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo.

E acrescenta, ainda, o grande doutrinador:

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação.³

3. O Princípio da Soberania Popular

O princípio da soberania popular está consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 1.º, parágrafo único:

Notas e referências bibliográficas

- 1 in Curso de direito constitucional – a teoria dos direitos fundamentais. Malheiros Editores. p. 571
- 2 in Curso de direito constitucional positivo – do princípio democrático e garantia dos direitos. Malheiros Editores: 2001. p. 129-130.
- 3 Op. cit. p. 135.
- 4 in Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. Ed. Atlas:2005. São Paulo. p. 131.
- 5 Op. cit. p. 132.
- 6 Op. cit. p. 142.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ensina Alexandre de Moraes⁴ que “O Estado Democrático de Direito significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.”

Com efeito, a soberania popular é corolário do exercício da democracia representativa sem olvidar que a novel Constituição cuida também da democracia participativa ao munir o cidadão de instrumentos hábeis para tanto.

Dalmo Dalari, ao ser mencionado pelo grande doutrinador Alexandre de Moraes⁵, diz que

se o povo não tem participação direta nas decisões políticas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir em seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja postos políticos por outros meios que não as eleições.

Concluindo, se as eleições forem maculadas por interferência do abuso de poder econômico, político ou captação ilícita de sufrágio haverá ofensa ao princípio da soberania popular, que se trata de direito fundamental insculpido na Constituição da República de 1988 e que se irradia para a legislação eleitoral como um todo, a fim de que o pleito seja lícito. Como esclarece José Afonso da Silva⁶, “eleger significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política”, ou seja, o povo por meio das eleições se vincula a uma política governamental consentindo-a e legitimando-a.

3.1.4 Da prorrogação das interceptações telefônicas – breves apontamentos sobre a parte final do art. 5º da Lei 9.296/96

Turíbio Barra de Andrade
*Promotor de Justiça do Ministério Público
do Estado de Minas Gerais*

A Constituição da República (CR) de 1988, alterando a sistemática anterior, trouxe diversas novidades para o ordenamento jurídico nacional, entre as quais a possibilidade de se mitigar o direito à intimidade possibilitando a violação das comunicações telefônicas. Tal faculdade, não obstante permitida, é limitada pelo próprio texto constitucional, não sendo essa violação indiscriminada. Há a necessidade de conjugação dos fatores: lei específica sobre a matéria, prova em processo penal e ordem judicial para sua ocorrência.

A questão em análise é disciplinada no inciso XII, do artigo 5º, *in verbis*:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Verifica-se que a própria norma constitucional exigia a existência de lei regulamentando o meio de prova, pelo que o Supremo Tribunal Federal (STF) assentou em diversos julgados (HC 69.912/RS e 73.250/SP) que somente seria possível a realização de interceptações telefônicas com a inovação do sistema legal e a edição de lei específica tratando a matéria. Assim escutas realizadas antes da promulgação do novo diploma legislativo, ainda que com autorização judicial, seriam inválidas.

Cumprindo a determinação constitucional, em 25 de julho de 1996 foi publicada a Lei 9.296 regulamentando a parte final do inciso XII, art. 5º, da Constituição da República.

A “Lei das Interceptações”, em seu artigo 5º, limitou o período de interceptação e regulou a possibilidade de renovação desses períodos. Reza o mencionado artigo:

Art. 5º- A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, **renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova** - grifei.

Dessa feita restou expresso que os períodos de interceptação são de até quinze dias.

Todavia, no que tange às renovações das interceptações já deferidas há certa controvérsia quanto à quantidade de vezes em que ela pode ocorrer.

Uma primeira corrente, surgida logo após a publicação da Lei e, no nosso entendimento, fruto de uma interpretação literal e apressada, afirma ser possível apenas uma única prorrogação. Assim, o prazo máximo de interceptação das comunicações

telefônicas seria de 30 (trinta) dias, pouco importando o estágio das investigações ao término desse período.

Os adeptos dessa corrente fundamentam seu posicionamento em razão da expressão “uma vez” existente no bojo do artigo 5º, afirmando que a Lei é expressa limitando em uma única renovação.

A segunda corrente, amplamente majoritária, inclusive com a adesão dos Tribunais Superiores, não limita a quantidade de renovações. Estas serão, no máximo, quinzenais, entretanto ocorrerão tantas vezes quanto for indispensável a sua utilização como meio de prova.

Ou seja, enquanto estiverem presentes os motivos que ensejaram o deferimento do pedido de interceptação e em sendo útil esse instrumento de prova, ela poderá ser renovada. A única limitação que sofre é que o prazo de cada renovação não poderá ser superior a 15 (quinze) dias.

Inclusive diriam os mais puritanos que para a expressão “uma vez”, a qual está incrustada no art. 5º, estar relacionada à renovação dos períodos de interceptação (fundamento para a primeira corrente) deveria haver uma vírgula logo após sua utilização, o que efetivamente não ocorre, pelo que, e não apenas por isso, a expressão se relaciona com a indispensabilidade do meio de prova.

Repetindo, a expressão “uma vez” está relacionada com a indispensabilidade do meio de prova, e não com a renovação por igual período, pelo que poderia ser substituída pela locução “em sendo”, com o texto legal tendo a seguinte redação: “... renovável por igual período em sendo comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

Nem poderia ser diferente, pois em muitas situações, em que as investigações são de maior complexidade, há a necessidade de um período superior a 30 (trinta) dias para a colheita de prova a demonstrar a autoria e materialidade dos delitos praticados pelos investigados e haveria uma quebra de efetividade do próprio instituto caso houvesse a interrupção abrupta e incondicional, como na hipótese de negar novas prorrogações.

Despiciendo ressaltar que as pessoas cujas condutas são objeto de investigação por meio da interceptação telefônica não praticam crimes 24 (vinte e quatro) horas por dia e ocupam seu tempo com outras atividades. Os diálogos de interesse criminal são, na grande maioria das vezes, intercalados por conversas rotineiras, com assuntos referentes a família, clima, esportes, atividade laborativa lícita ..., pelo que, muitas vezes, se faz ne-

cessário um período superior a trinta dias para angariar as provas necessárias a fundamentar a persecução penal.

Consoante ressaltado, os Tribunais são pacíficos quanto à possibilidade de efetuar renovações de interceptação telefônica por quantas vezes estas ainda forem necessárias.

Nesse sentido o voto do Ministro Francisco Falcão, Relator da Ação Penal n.º 306/DF, em curso no Superior Tribunal de Justiça é sucinto quanto ao tema, uma vez que não vislumbra qualquer controvérsia. Vejamos:

Com efeito, quanto à inadmissibilidade da prorrogação das interceptações telefônicas por 18 meses, verifico que o prazo da interceptação depende do prudente arbitrio do magistrado, devendo perdurar enquanto se fizer necessário.

Nesse sentido, confira-se o RHC n.º 13.274/RS, Relator MINISTRO GILSON DIPP, DJ de 29/09/2003, p. 276

Da mesma forma o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, relator do HC 83.515/RS, julgado pelo Pleno e publicado na data de 04 de março de 2005. Não obstante longo, relevante transcrever parte do voto em que se enfrenta a questão:

Da análise dos autos, verifica-se que não houve a autorização de uma interceptação telefônica por um período tão dilatado.

O que ocorreu foi a renovação pelo juízo federal, diante dos relatórios trazidos pela polícia, da interceptação telefônica diante dos indícios e de seu livre convencimento acerca da necessidade daquela diligência.

A renovação da autorização da interceptação telefônica, longe de ser proibida pelo art. 5º da Lei 9.296/96, é permitida.

Ressalte-se que se trata de fatos complexos, que envolvem a investigação do relacionamento entre indivíduos e que acabou por resultar em denúncia de uma pluralidade de tipos e réus.

Somente uma investigação diferenciada, não-pontual e de acompanhamento contínuo poderia produzir prova suficiente a sustentar uma denúncia deste porte.

O juízo acerca da necessidade na renovação das autorizações de interceptação telefônica deve levar em conta a natureza dos fatos e dos crimes e das circunstâncias que envolvem o caso.

A denúncia (fls. 101/127), com a indicação de 13 (treze) réus, que se pauta em um conjunto complexo de relações e fatos, com a acusação de diversos crimes, dentre os quais a evasão de divisas, a formação de quadrilha, a lavagem de dinheiro e configuração de organização criminosa, não poderia ser viabilizada senão por meio de uma investigação contínua e dilatada a exigir a interceptação telefônica ao longo de diversos períodos de 15 dias”.

Ressalta-se que a Lei 9.296/96 ao regulamentar o dispositivo constitucional foi restritiva e somente permitiu a interceptação em crimes punidos com reclusão e quando a prova não puder ser obtida por outro meio (art. 2º). Logo, para haver o deferimento do pedido já se estará diante de fatos graves e complexos, os quais muitas vezes não estarão esclarecidos em trinta dias.

Não se discute que a interceptação das comunicações é uma mitigação do direito à intimidade. Entretanto uma mitigação constitucionalmente permitida e com o escopo de possibilitar uma sociedade livre, justa e solidária (CR, art. 3º, inciso I) visando alcançar criminosos praticantes de delitos graves e de difícil elucidação. E, uma limitação temporal absoluta, como alguns querem crer, frustraria o próprio sentido da norma.

3.1.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.5.1 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, 170p.

A autora é mestre e doutora em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP.

O livro trata das origens e características do Estado Federal e refaz as diferentes técnicas de repartição de competências que a experiência federativa já conheceu. Passando ao seu objeto central, ele informa como foi abordada a questão durante os trabalhos constituintes e descreve o modelo produzido. Estruturou-se, então, um esquema complexo, em que coexistem competências privativas e concorrentes.

É dessa nova partilha constitucional de competências que cuida a autora. Ela examina as competências administrativas e

legislativas da União, dos Estados e dos Municípios, as competências concorrentes de todos os entes federativos, aflorando diversos problemas mal resolvidos pela Constituição, suscitando dúvidas sugeridas por certas imperfeições técnicas e explorando algumas linhas de raciocínio para alimentar uma discussão mais ampla que ainda deverá ser feita para o aperfeiçoamento da Federação brasileira.

Segundo Fernanda Menezes, num balanço geral, “pode-se concluir, sob o ângulo da repartição de competências, que a Constituição de 1988 avançou no sentido de melhorar o equilíbrio nas relações federativas. Mas o sistema estruturado comporta ainda aprimoramentos” (p. 164).

3.1.5.2 GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 78p.

O excelente estudo foi tese vencedora no XXV Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de autoria do membro do MPRJ e mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Robson Renault Godinho.

Segundo aponta o autor, o objeto do trabalho consiste no exame da legitimidade do Ministério Público para a “tutela dos direitos individuais indisponíveis e a repercussão da decisão judicial na esfera jurídica do titular do direito material. Verifica-se, assim, que estudaremos o instituto da substituição processual em seu enfoque clássico, como descrito no artigo 6º do Código de Processo Civil” (p. 1).

Trata-se, como é sabido, de tema que está sendo discutido atualmente pela doutrina especializada, além de estar sendo enfrentado pelos Tribunais pátrios.

Com efeito, o texto ora publicado busca demonstrar que o Ministério Público retira a sua legitimidade da própria Constituição para atuar na defesa dos interesses individuais indisponíveis,

sendo incabíveis, portanto, quaisquer posturas restritivas ou impeditivas dessa atuação.

Robson Godinho lembra que não há dúvidas de que “o Ministério Público possui vocação para a tutela de direitos sociais, e o ajuizamento de ações coletivas é o instrumento natural para a tutela jurisdicional desses direitos” (p. 6). Mas adverte, em seguida: “a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais não pode ser ignorada, nem considerada ultrapassada, mas, sim, deve ser adequada à realidade social e ao perfil constitucional da Instituição” (p. 6).

Por fim, vale transcrever:

O Ministério Público possui na figura da substituição processual um relevante instrumento para incrementar sua vocação constitucional de órgão facilitador do acesso a uma adequada tutela de direitos, e a resistência a essa atividade significa, além de uma postura inconstitucional, um descompasso com a realidade social e uma falta de compromisso com o acesso à Justiça.

3.1.5.3 BERCHOLC, Jorge; SANCARI, Sebastian. La corte suprema en el sistema político. Buenos Aires: Ediar, 2006. 212p.

Os autores analisam a Suprema Corte de Justiça argentina sob o aspecto das características técnicas e pessoais de seus juízes. Notadamente sobre a legislação de emergência, a obra se propõe a averiguar a dificuldade, em razão das características acima

citadas, em se obter consenso nas decisões proferidas. Mais uma vez, trata-se de obra que estuda o problema da tensão política e direito no âmbito das Cortes Constitucionais.

B) Artigos

3.1.5.4 MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 760, p. 11-39, fev. 1999.

O autor, eminente constitucionalista, aprecia, neste artigo, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos no direito brasileiro, evidenciando o controle incidental ou difuso. Entre outras vantagens, a obra declina conceitos sobre

os institutos ainda pouco conhecidos da comunidade jurídica, mormente quanto à precisão dos efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade pelo método difuso. Ademais, analisa ainda a possibilidade de produção de efeitos da suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo STF.

3.1.5.5 MORAES, Alexandre de. Órgão Especial e delegação constitucional de competências jurisdicionais, disciplinares e administrativas do tribunal pleno. Revista de Direito Administrativo. São Paulo, v. 244, p. 291-297, jan-abr. 2007.

O autor, ínclito membro do Conselho Nacional de Justiça, discorre sobre o voto, por ele proferido, em expediente daquele Conselho, no qual se discutia a competência dos órgãos especiais criados pelos Tribunais de Justiça estaduais, em cotejo com o

tribunal pleno. Conquanto não esposemos a tese exposta, impende evidenciar que ele traz subsídios importantes para uma interpretação do texto constitucional no que se refere às Instituições do Judiciário e do Ministério Público.

3.1.6 Jurisprudências da área

3.1.6.1 STF, 2ª Turma. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais*

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa

também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (STF, 2ª Turma, RE 201819 / RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, DJ 27.10.2006, p. 64).

3.1.6.2 STF, Pleno. *Lei Municipal regulamentando serviço de “moto-táxi”. Inconstitucionalidade formal por ausência de competência legislativa da entidade federada municipal.*

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LICENCIAMENTO DE MOTOCICLETAS PARA TRANSPORTE DE PASSAGEIROS (“MOTOTÁXI”). COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. I – Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art.22, XI). II – Exercício

de atribuição pelo Estado que demanda autorização em lei complementar. III – Inexistência de autorização expressa quanto ao transporte remunerado de passageiros por motocicletas. IV – Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei mineira 12.618/97. Julgamento procedente por unanimidade. (STF, Pleno, ADI 3136 / MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 01/08/2006, DJ 10.11.2006, p.49)

3.1.6.3 TRF, 5ª Região, 2ª Turma. *Teoria da Captura. Óbice à nomeação, pelo Chefe do Poder Executivo federal, de pessoas para cargos em autarquias especiais (agências reguladoras). Análise, pelo Poder Judiciário, dos requisitos que ensejaram a realização do ato administrativo discricionário. Possibilidade.*

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE MEMBROS DO CONSELHO CONSULTIVO DA ANATEL. CABIMENTO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATI-

VO. DISCRICIONARIEDADE. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO. ART. 34 DA LEI Nº 9.472/97. ART. 37 DO DECRETO Nº 2.338/97. REPRESENTAÇÃO

TANTES DA SOCIEDADE E DOS USUÁRIOS. NULIDADE DOS ATOS DE DESIGNAÇÃO. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal a fim de que seja declarado nulo ato de designação dos apelantes para integrar o Conselho Consultivo da ANATEL na qualidade de representantes dos usuários e da sociedade, haja vista os cargos ocupados por eles, presidência da Tele Norte Leste participações s/a e da Telemar Norte Leste S/A e presidência da Telebrasil. 2. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido afastada, tendo em conta a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários. 3. Todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os discricionários são passíveis de revisão pelo Judiciário, para fins de avaliação de observância aos princípios constitucionais da administração pública explícitos e implícitos e de respeito aos direitos fundamentais. 4. Em face do inciso XXXV do art. 5º da CF, o qual proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça de lesão a direito, o Judiciário pode examinar todos os atos da administração pública, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários sob o aspecto da legalidade e da moralidade, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIII e 37 da Carta Magna. 5. A competência discricionária da administração “é relativa no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido - Não importa se mais ou menos estritamente - Ao que haja sido disposto em Lei, já que discricção supõe comportamento ‘intra legem’ e não ‘extra legem’. Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre ‘vinculado’ aos ditames legais”. 6. “A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuaram sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum. Esse controle deverá recair não apenas sobre a nomeação e demissão dos administradores das agências, mas também sobre o desempenho de suas atribuições”. 7. “Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao judiciário a glosa cabível”. STF, re 131661 / ES- relator (a): Min. Marco Aurélio. 8. No caso concreto, é de se realçar que se pretende seja reconhecida a ilegalidade da nomeação dos apelantes, como membros do Conselho Consultivo da ANATEL não se objetiva, destarte, que o poder judiciário se imiscua na competência discricionária do poder executivo, tanto que a escolha, e isso não se discute, é do poder executivo. 9. Prejudicial de não cabimento da ação civil pública rechaçada. 10. No caso em apreço é cabível a ação civil pública, essa conclusão é concebida a partir da observação da legislação, sobretudo quando considerados os escopos que norteiam a ação civil pública cujo objeto consiste na defesa do interesse público, cotejando-os com o caso concreto em apreciação, que envolve uma categoria de pessoas, os usuários de serviços de telecomunicações, e mais, toda a sociedade. O arcabouço desse posicionamento consubstancia-se, fundamentalmente, no regramento constitucional (art. 129, III, da Constituição Federal), no art. 1º, incisos II e V da Lei nº 7.347/85, na alínea b, inciso V, do art. 5º e na alínea c, inciso V, do art. 6º ambos da Lei Com-

plementar nº 75/93, atinente ao ministério público da união, bem como no art. 25, IV, b da Lei nº 8.625, de 12.02.1993, a qual instituiu a Lei orgânica nacional do ministério público. 11. O objeto da presente ação civil pública está absolutamente em consonância com os limites objetivos delineados nos preceitos normativos a ela referentes, porquanto visa à proteção dos consumidores - Usuários de serviço de telecomunicações - Os quais, por força do art. 34 da Lei nº 9.472/97, devem ser representados no conselho consultivo da anatel, além dos interesses da sociedade como um todo, que em face do citado dispositivo legal também deve estar representada no aludido conselho. Ademais, não é de se olvidar que dentre as funções institucionais do ministério público da união, se inclui o zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos da união e dos serviços de relevância pública no que tange à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, inteligência do art. 5º, V, b, da Lei Complementar nº 75/93. 12. O Conselho Consultivo é órgão superior da ANATEL o qual representa a participação institucionalizada da sociedade na atuação da agência, sendo integrado por doze conselheiros designados por Decreto do Presidente da República, sendo dois indicados pelo Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, dois pelo Poder Executivo, dois conselheiros das entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, dois das entidades representativas dos usuários e dois representantes da sociedade. Essa estruturação do conselho consultivo, certamente, possibilita aos usuários e à sociedade como um todo acompanhar a gestão da agência e a regularidade da atuação da mesma na consecução de seus fins. É, assim, imprescindível a nomeação de conselhos de usuários e da sociedade, compostos por representantes apontados por entidades de classe e associações civis, para se assegurar à satisfação do interesse público. 13. No que tange à atividade do Conselho Consultivo, verifica-se que ao mesmo se atribui a cooperação e colaboração na definição da política do setor de telecomunicações, opinando sobre o plano geral de outorgas, o plano geral de metas para universalização de serviços prestados no regime público e demais políticas governamentais de telecomunicações, além de aconselhar quanto à instituição ou eliminação da prestação de serviço no regime público. Demais disso, é dada ao Conselho Consultivo atribuição fiscalizadora, ao qual cabe apreciar os relatórios anuais do conselho diretor e requerer informação e fazer proposição atinentes a sua atuação. É, assim, de se concluir pela relevância e importância das incumbências do conselho consultivo dentro da agência. 14. Na hipótese dos autos, foi nomeado como representante da sociedade o presidente da Tele Norte Leste Participações S/A e da Telemar Norte Leste S/A, empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. Ora, a indicação do presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o conselho consultivo da anatel, rompe a toda evidência a pluralidade representativa ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do referido conselho. Com efeito, o legislador claramente estabeleceu que o conselho consultivo deveria possuir composição híbrida, isto é, integrado por conselheiros indicados pela casas parlamentares, pelo poder executivo, pelas entidades de classe das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, e também, pelos usuários e pela sociedade. Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante é absolutamente

incompatível com a representação da sociedade perante o conselho consultivo. Por certo, além de membro da sociedade o referido apelante é, mormente, presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente da tele norte leste participações s/a e da telemar norte leste s/a e assim, “diante de um conflito de envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém represente a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum”. 15. Quanto ao segundo apelante, fora o mesmo nomeado membro do Conselho Consultivo da ANATEL, como representante dos usuários, quando era presidente da Telebrasil, associação composta por pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividades em telecomunicações e em tecnologia afins, a qual congrega grandes empresas do setor de telecomunicações, tais como, a Ericsson Telecomunicações S/A., Siemens Ltda., Tele Norte Leste Participações S/A, Telecom Itália do Brasil S/C Ltda., Telecomunicações de São Paulo S/A, Telesp Celular Participações S/A, Intelig Telecomunicações Ltda., Vésper S/A, Portugal Telecom Brasil S/A, Nokia do Brasil Ltda., entre outras. Manifesta, destarte, a ilegalidade de sua nomeação para representar os usuários perante o Conselho Consultivo da ANATEL. 16. Não há que se alegar ser o bastante a indicação do segundo apelante por entidades representantes dos usuários. A uma, porque se vislumbra ser a Abranet - Associação Brasileira de Provedores de Acesso, conteúdo e informações da rede internet, entidade representativa dos usuários dos serviços de telecomunicações, pois seu objetivo social, consoante se colhe do site www.abranet.org.br, “é dar apoio ao esforço brasileiro na implantação de empresas provedoras de acesso, serviços e informações e buscar o desenvolvimento da internet - Brasil”. A duas, porquanto “não basta que o candidato ao cargo seja indicado por uma entidade representativa dos usuários e da sociedade, mas também que o mesmo seja um legítimo representante deste segmento, de forma que os seus interesses coincidam com aqueles cuja defesa lhe foi outorgada, sob pena de não haver uma efetiva participação de todos os segmentos da sociedade naquele conselho e, por conseguinte, de descumprimento do artigo 33 da Lei nº 9.427/97”. In casu, flagrante é o conflito entre os interesse dos usuários dos serviços

de telecomunicações e os interesses da associação que o segundo apelante representa, implicando, pois, em se reconhecer a impossibilidade de sua indicação como representante dos usuários perante o conselho consultivo da anatel. **17. A nomeação dos apelantes como membros do Conselho Consultivo da ANATEL, representa o que a doutrina estrangeira e alguns doutrinadores brasileiros tem denominado de captura da agência pelos interesses regulados. 18. Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. “É a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresarias regulados”.** 19. No respeitante ao § 4º do art. 37 do regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338 de 07 de outubro de 1997, é salutar destacar, que em não havendo indicações, a escolha do Presidente da República será livre, desde que em obediência à Lei, fulcrado nela e visando o fiel cumprimento das finalidades previstas na Lei e na Constituição. Deveras, outra interpretação não pode sobressair do aludido § 4º do art. 37 do regulamento da ANATEL. 20. Não havendo indicação das entidades de classe dos usuários e das entidades representativas da sociedade dentro do prazo fixado, fica ao alvedrio do Presidente da República a indicação dos membros do conselho consultivo, respeitada, evidentemente, a representação democrática, ou melhor, a pluralidade representativa, assegurada pela Lei nº 9.472/97 e ainda, obedecidos aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, sobretudo, da moralidade e da legalidade e considerada a qualificação do indicado, isto é, a compatibilidade da sua qualificação com as matérias afetas ao colegiado. 21. É de se ressaltar, outrossim, ser prescindível prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviços de interesses contrários a sociedade a fim de caracterizar a ilegalidade, visto que como demonstrado, houve descumprimento do art. 34 da Lei nº 9.427/97, além de inobservância dos princípios constitucionais da administração pública, a exemplo, do princípio da moralidade, legalidade e razoabilidade. 22. Recursos de apelação e remessa oficial improvidos. **(TRF 5ª Região, 2ª Turma, Apelação Cível 342739, Rel. Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, j. 30. 11. 2004; DJ 07.12.2004).**

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Breves considerações acerca da educação inclusiva

Élida de Freitas Rezende

*Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Coordenadora, em exercício, do Centro de Apoio Operacional das Promoto-
rias de Justiças Especializadas na Defesa dos Direitos das Pessoas
com Deficiência e Idosos - CAOPPDI*



Élida de Freitas Rezende

O acesso à educação por pessoas com alguma espécie de deficiência é temática recorrente nos dias atuais.

Ainda assim, paradoxalmente, é assunto pouco compreendido.

A escola inclusiva representa um avanço em relação ao movimento de integração escolar, que pressupõe o ajustamento da pessoa com deficiência para sua participação no processo educativo.

Quando se fala em educação inclusiva é preciso assimilar que a sociedade é que deve criar condições para evitar a exclusão; o sistema educacional é que deve se reestruturar, propiciando o aprendizado e convívio entre alunos com características diversas.

Não se trata de ignorar diferenças nem olvidar limitações. Tampouco se cuida de adotar prática de ensino específica para cada aluno.

O que se preconiza é o emprego de recursos que possam auxiliar o processo de ensino e aprendizagem e promover saudável interação social, fortalecendo habilidades e aniquilando, desde cedo, o preconceito.

A escola inclusiva vislumbra no educando, qualquer educando, uma pessoa dotada de potencial e que tem o inarredável direito de desenvolvê-lo.

A educação especial é, pois, a modalidade oferecida aos alunos com necessidades educacionais especiais, permanentes ou transitórias, para garantir-lhes o desenvolvimento de suas potencialidades, devendo ser oferecida em todos os níveis (educação básica – infantil, ensino fundamental, ensino médio – e educação superior) e demais modalidades (educação de jovens e adultos, educação profissional, educação indígena) da educação escolar.

São destinatários da educação especial os alunos que apresentam diferenças significativas no processo de aprendiza-

gem: deficiência física, motora, sensorial, mental ou múltipla; condutas típicas e talentos ou altas habilidades.

O atendimento ao educando com necessidades especiais deve ser feito preferencialmente na rede regular de ensino, em instituições públicas ou privadas.

É incumbência da escola prover os recursos humanos e materiais necessários à educação inclusiva, não se concebendo a negativa de matrícula ao argumento de carência de estrutura para o ingresso do educando com necessidades especiais no estabelecimento de ensino.

Devem ser disponibilizados serviços educacionais especiais, os quais se prestam a apoiar, complementar e em algumas hipóteses substituir os serviços educacionais comuns.

Entre as formas de atendimentos especializado, há aqueles oferecidos no mesmo turno da escolarização e os realizados no contraturno.

O primeiro grupo consiste em apoio, efetivado por meio de atuação colaborativa de professor especializado em educação especial; de professores-intérpretes das linguagens e códigos aplicáveis; de professores itinerantes e de outros recursos necessários à aprendizagem, à locomoção e à comunicação.

O atendimento educacional especializado de caráter complementar, realizado no contraturno da escolarização, tem por objetivo o desenvolvimento de competências e habilidades do aluno e não substitui o conteúdo oferecido no turno de escolarização. Pode ser implantado em escolas comuns ou especiais e consiste em: sala de recursos, onde são oferecidas complementação ou suplementação curricular, e oficinas pedagógicas de formação e capacitação profissional.

Apenas excepcionalmente, para os alunos que apresentarem grave deficiência múltipla, mental e condutas atípicas, o serviço educacional especializado será oferecido na forma de substituição, no horário efetivo da escolarização, por meio de classe especial, organizada em escola comum, ou escola especial.

Num e noutro caso, a partir do desenvolvimento apresentado pelo aluno, deve ser buscada a transferência para a classe comum.

Não é demasiado salientar que a inclusão pressupõe acessibilidade às dependências da escola, com eliminação de barreiras arquitetônicas, providência imprescindível mesmo que ainda não haja educando com mobilidade reduzida matriculado na instituição de ensino.

O processo de inclusão do aluno portador de deficiência ou conduta típica reclama mais especial atenção nos aspectos relativos à construção do projeto pedagógico, elaboração do currículo e formas de avaliação.

Nesse passo, convém lembrar que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece as regras comuns para organização da educação básica, as diretrizes dos conteúdos curriculares e os critérios para verificação do rendimento escolar, parâmetros que se aplicam também à educação especial.

Se o educando não alcançar resultados mínimos previstos na LDB, a escola deve fornecer-lhe um certificado de conclusão

de escolaridade, denominado terminalidade específica.

Essa certificação, fundamentada em avaliação pedagógica, conterá as habilidades e competências atingidas pelo educando.

Com base no desenvolvimento verificado serão buscadas novas alternativas educacionais, como encaminhamento para cursos de educação de jovens e adultos e de educação profissional.

O intuito, como se vê, é sempre o de propiciar o desenvolvimento das potencialidades de cada indivíduo.

As estatísticas revelam que é crescente o número de alunos com necessidades especiais inseridos em escola comum, com proporcional decréscimo do atendimento em classes e escolas especiais.

Ainda assim, o ideal de universalização do ensino está longe de ser alcançado.

Há longo caminho a trilhar, mas a desinformação é, com certeza, o primeiro desafio a ser vencido.

3.2.2 Uma visão constitucional do art. 18 da Lei de Tombamento

Alexandre Artur Mendes Soares

Advogado em Minas Gerais.

A grande maioria dos países desenvolvidos preserva e mantém seu patrimônio cultural, não porque sejam “bonzinhos” ou estejam nostálgicos por um tempo que já passou, mas sim porque estão de olho no presente e, principalmente, interessados no que está por vir.

Esses países enxergam oportunidades, mas em que consistem tais oportunidades?

Revelam-se como fonte quase inesgotável de recursos financeiros advindos do turismo - atividade que utiliza mão-de-obra intensiva (retirando do estado o ônus de manter um sistema de benefícios, por demais oneroso, devido ao grande contingente de desempregados) e é pouco poluente, se bem gerida, obviamente - pode gerar um incremento no crescimento da atividade econômica do estado e conseqüente melhoria da qualidade de vida das pessoas. E, talvez mais importante, é onde reside o autoconhecimento. Ao preservar a sua cultura e o seu passado um povo conhece suas raízes, aprende a valorizar as “coisas da terra” e passa a entender que a história é um movimento cíclico, um ir e vir constante. E para que possam ser evitados erros futuros é necessário o conhecimento de dificuldades passadas.

É nesse contexto que se encontra o tombamento como um dos institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro para proteger o patrimônio cultural nacional, regional e local. Também podemos citar como espécies do gênero de instrumentos do patrimônio cultural: os registros, a vigilância, os inventários, a desapropriação, a ação popular, a ação civil pública entre outros.

Para proteger a visibilidade do bem tombado, o legislador infraconstitucional achou por bem criar uma servidão administrativa em relação aos imóveis vizinhos a bens tombados. Tal instituto se encontra previsto no art. 18 do Decreto-Lei n. 25/37. Por ter sido criado em uma época de ditadura, tal dispositivo não previu determinadas garantias constitucionais básicas aos proprietários de imóveis vizinhos a bens tombados como veremos a seguir.

O art. 18, do Decreto-Lei n. 25/37, traz a seguinte redação:

Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob

pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

A natureza jurídica desse instituto previsto no art. 18 do Decreto-Lei n. 25/37 seria tombamento, servidão ou limitação administrativa?

Não parece ser o caso de Tombamento, pois, se assim o fosse, tal imóvel teria que sofrer um processo próprio de tombamento e não se valer de processo de outro imóvel. Além do mais, caso pereça o imóvel tombado, cessará imediatamente a restrição imposta ao imóvel vizinho.

Também não é o caso de limitação administrativa, pois a restrição prevista no Decreto-Lei n. 25/37 atinge imóveis determinados.

Dessa forma, parece que está mais para o instituto da servidão administrativa, tendo em vista que há uma limitação imposta ao dono do prédio serviente para que se abstrai de determinadas condutas em relação ao imóvel tombado (dominante). Assim, iremos denominá-lo servidão de tombamento.

Tal servidão, via de regra, segundo entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, não pode ser indenizada, mas, a depender do caso concreto, se a limitação for de tal monta que inviabilize o exercício do direito de propriedade será possível a indenização.

Nessa seara, vale observar que o conceito de vizinhança é um conceito aberto, indeterminado que precisa de complementação para que possa surtir todos os seus efeitos. O Decreto-Lei n. 25/37 não contempla tal conceito, logo fica a critério do administrador ou do juiz, no caso concreto, decidir o que significa tal conceito.

O professor Edimur Ferreira de Faria (2001. p. 446) traz interessante reflexão a respeito:

À falta de normas objetivas, os critérios para a fixação da faixa, em cada caso concreto, são subjetivos, o que leva a infinitas discussões nas vias administrativa e judiciária. Isto porque a concepção subjetiva do particular nem sempre coincide com a da Administração Pública[...].

Abordando o tema sobre outro prisma, Paulo Affonso Leme Machado, citado na obra de Maria Coeli Simões Pires (1994. p.162), diz:

A proteção da vizinhança ou do entorno do monumento tombado revela a necessidade de uma previsão, principalmente no âmbito municipal, dessa tutela jurídica, para que o art.18 do Decreto-Lei n. 25/37 não seja fonte de conflito entre o órgão de proteção cultural e o órgão licenciador de construções ou de atividades agrícolas ou florestais [...].

É preciso que não se façam servidões de tombamento indiscriminadamente sem critérios objetivos, pois, senão, corremos o risco de prejudicar a proteção ao que realmente interessa proteger, ou seja, o imóvel tombado. Nesse sentido é a lição de José Eduardo Ramos Rodrigues (*Apud MILARÉ*, 2005. p. 279):

Criar restrições exageradas, além de poder causar ônus excessivos a proprietários de bens sem relevância maior, contribui também para sobrecarregar os órgãos técnicos, que passam a dedicar a maior parte de seu tempo e esforço com o acessório (entorno) em detrimento do principal (bem tombado).

Visando a diminuir essa incerteza, alguns Estados tais como Minas Gerais e São Paulo já legislaram a esse respeito, mas, como se trata de norma específica, em nosso entendimento, todos os entes da federação (União, Estados, DF, Municípios), nas suas esferas de competência, não só podem, mas devem legislar a esse respeito estabelecendo regras claras e terminando com o subjetivismo que em nada ajuda o interesse público. Para tanto, tais leis devem prever critérios flexíveis o bastante que possam se adaptar a cada caso concreto.

Assevera José Eduardo Ramos Rodrigues (*Apud MILARÉ*, 2005. p. 279):

Ao nosso ver, os atos de tombamento, além de determinar caso a caso a área sujeita a limitações de entorno, devem designar detalhadamente essas restrições, de modo a reduzir a discricionariedade dos técnicos responsáveis pela aprovação dos projetos, a fim de contribuir para o incremento da segurança nas relações jurídicas entre o Poder Público e os proprietários da vizinhança.

Um Estado Democrático de Direito como o nosso, após a entrada em vigor da Constituição Cidadã, encontra a sua legitimidade no povo, uma vez que este é o detentor do poder, logo, os governantes nada mais são que representantes dos cidadãos (art.1º, parágrafo único da CF/88). Então os “servidores do povo” devem agir de forma a gerar menos transtornos aos administrados e a garantir um contraditório efetivo e a possibilidade de ampla defesa, além da publicidade necessária a qualquer ato administrativo, bem como a sua motivação prévia. Isso tudo de uma maneira razoável e proporcional, para que na aplicação da lei não sejam afetados princípios constitucionais, como: publicidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, devido processo legal, entre outros.

Na interpretação do art. 18 da Lei do Tombamento deve-se atentar para a recomendação de Black (*Apud MELLO*, p. 102): “tanto faz parte da lei o que nela se encontra explícito quanto o que nela implicitamente se contém”⁷. Caso desse modo não se proceda poderá estar sendo violado o princípio da finalidade, como elucida Celso Antônio (2004. p. 97): “tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la.”

Então, apesar de não vir expresso na lei a necessidade de notificação do vizinho ao imóvel tombado, esta deve ser a atitude da Administração Pública em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois senão o vizinho do imóvel tombado será levado ao absurdo de sofrer limitação no seu direito constitucional de propriedade (art. 5º, inciso XXII) sem ao menos ter sido cientificado de tal fato. Como esclarece Carlos Maximiliano (*Apud MELLO*, p.106): “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem

legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

Os administrados vizinhos a imóveis tombados em apreço ao Princípio da Publicidade, devem obter, por parte da Administração Pública, informações claras e objetivas quando forem afetados por alguma medida do Poder Público. E, dessa forma, não só devem ter conhecimento do processo administrativo de tombamento como também ser cientificados das suas implicações. Além disso, é necessário que sejam notificados os órgãos municipais responsáveis pela aprovação de projetos de construção e pela autorização de afixação de cartazes e engenhos publicitários, para que nas licenças de construção já venham discriminadas as restrições a que o imóvel esteja sujeito.

Todos os atos administrativos devem ser fundamentados previamente, principalmente os atos que gerem limitações a pessoa certa e determinada, como é o caso do art.18, por isso Ramón Real (*Apud* MELLO, p. 103) diz:

[...] o dever de motivar é exigência de uma administração democrática - e outra não se concebe em um Estado que se declara ‘Estado Democrático de Direito’ (art.1, *caput*) -, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.

Não é razoável nem proporcional que a administração atinja um bem sem comunicar ao seu titular já que o que se busca é a proteção visual do bem tombado, o que só pode ser obtido com o conhecimento de todos.

Quase irretocável é a conclusão de Marcos Paulo de Souza Miranda (2006. p.143):

Para assegurar o efetivo respeito ao art.18 da LT bem como a boa-fê de terceiros recomendável se faz a delimitação objetiva e clara do conceito de vizinhança (determinação do entorno do tombamento) bem como a averbação de tal restrição no Registro de Imóveis da área onerada e a notificação dos órgãos municipais responsáveis pela aprovação de projetos de construção e pela autorização de afixação de cartazes e engenhos publicitários.

Diante do exposto, verifica-se a grande relevância da proteção aos bens culturais por meio do instituto do tombamento, bem como da servidão de tombamento destinada a proteger a visibilidade do bem tombado.

Ocorre, entretanto, que o art.18 do Decreto-Lei n. 25/37, fere vários princípios constitucionais, tais como o contraditório e a ampla defesa, publicidade, moralidade administrativa, entre outros e, para que não seja declarado como não recepcionado pela Constituição de 1988, prejudicando a proteção aos bens culturais, devemos fazer uma interpretação conforme a Constituição.

Desse modo, devemos entender que o vizinho ao bem tombado deva ser notificado do processo administrativo de tombamento para dele participar, que, a partir do tombamento provisório, faça-se a averbação na matrícula do imóvel do tipo de restrição imposta ao imóvel serviente do bem tombado e, que sejam delimitados de maneira clara e objetiva os conceitos de vizinhança e de visibilidade.

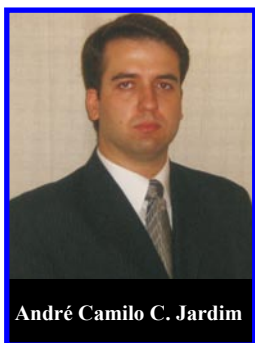
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MILARÉ, Édís (Coordenador). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Instrumentos de Proteção ao Patrimônio Cultural: doutrina, jurisprudência, legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

3.2.3 Aplicabilidade do art. 19, *caput*, da lei da Ação Popular, em sede de Ação Civil Pública: a remessa necessária como instrumento de proteção do interesse social.

André Camilo Castro Jardim

Advogado



André Camilo C. Jardim

A remessa necessária existe para que a sentença somente produza efeitos depois de revista pelo segundo grau de jurisdição, sendo utilizada há muito tempo pela legislação brasileira. Sem este reexame, não haverá trânsito em julgado e a decisão poderá ser modificada a qualquer tempo.

Inicialmente, defendia-se que o instituto era utilizado para beneficiar a Fazenda Pública, mas isso não pode ser aceito na atual ordem constitucional. A Constituição da República garante a igualdade entre as partes, por meio de seu art. 5º, *caput*, vedando qualquer distinção entre pessoas colocadas em situação similar¹. Em face dessa disposição constitucional, o art. 475, do CPC, só poderia ter sido recepcionado se entendêssemos que resguarda o interesse social protegido pela Fazenda Pública. Ainda, na lei da ação popular, sempre ocorreu o reexame para a proteção daquele interesse, uma vez que a decisão que entende improcedente o objeto contido na petição inicial, julgando inexistir o ato lesivo, submete-se à remessa necessária.

O interesse social existe também nos direitos difusos, titularizados por pessoas indeterminadas, impossibilitadas de estar em juízo para protegê-los ou para fiscalizá-los. No processo, estes interesses são defendidos por legitimados extraordinários previstos na CR/88 e na legislação infraconstitucional, e sua especial defesa dá-se por intermédio da Ação Civil Pública. Ocorre que tais legitimados podem não agir diligentemente durante todo o processo, gerando eventual prejuízo à coletividade.

O sistema legal prevê que os direitos difusos são atingidos pela coisa julgada material quando ocorrer suficiência de provas que permitam uma cognição adequada pelo juiz. Nesses casos, o magistrado estará autorizado a enfrentar o mérito e, sobre esse juízo, incidirá a imutabilidade. É a coisa julgada *secundum eventum probationis*. Ocorrendo a imutabilidade da sentença no processo coletivo, a eficácia do julgado será *erga omnes*, atingindo toda a coletividade colocada sob aquele interesse difuso, que verá a pretensão deduzida em juízo negada de forma indiscutível.

Como os interessados não são identificáveis, em caso de improcedência do pedido com base em provas bastantes, não haveria possibilidade de comparecerem em juízo para suprir equívocos no julgamento e falhas na atuação dos legitimados extraordinários.

Considerando-se que o sistema brasileiro garante uma

tutela adequada para todos os direitos e interesses (art. 5º, XXXV, CR/88), os direitos difusos não poderiam fugir a esta determinação. A eles devem ser garantidos todos os meios processuais eficazes, para que não ocorra violação ao preceito constitucional citado. Como salientado por Samuel Alvarenga Gonçalves: “Uma determinada situação, tendo em vista as suas peculiaridades, pode exigir uma solução mais complexa e elaborada do sistema jurídico como, por exemplo, no campo dos direitos difusos e coletivos, notadamente marcados pela alta conflituosidade decorrente das escolhas políticas que singularizam os referidos interesses, como bem lembra Lenza”².

No processo coletivo, vige o princípio da máxima efetividade da tutela coletiva, baseada no art. 83, da lei 8.078/90, e todos os meios necessários para defender estes interesses devem ser viabilizados em prol de um correto provimento. Gregório Assagra de Almeida, ao explicar este princípio, afirma: “Todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva”³. Ainda, o art. 1º, *caput*, e 19, da lei da ação civil pública, garantem uma interação entre ela, a lei da ação popular e o CPC. Com base nesses artigos, seria aplicável a remessa necessária para os casos em que o interesse público fosse virtualmente prejudicado. Então, a sentença, que julgasse improcedente uma ação civil pública em defesa de direitos difusos, deveria ser revista necessariamente pelo tribunal, condicionando a eficácia da decisão, para que se garantisse uma total proteção do interesse social.

Tal aplicação seria possível, também, com base no *diálogo das fontes*, que sugere a convivência harmônica entre os dispositivos de diplomas diferentes, especialmente quando regentes de um mesmo direito e fundados em um mesmo conjunto de princípios. Esses diferentes diplomas devem ser compatibilizados para garantir uma proteção correta do interesse. Cláudia Lima Marques, com base nisso, conclui: “Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário diálogo das fontes (*dialogue des sources*), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes.”, e continua: “Uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”⁴.

Fundamentando essas idéias, cita-se novamente o Professor Gregório Assagra de Almeida: “O interesse social, sempre presente nas ações coletivas, impõe essa efetividade do processo coletivo.”. E segue adiante: “Com base nesse princípio, o aplicador do direito deverá se valer de todos os instrumentos e meios necessários e eficazes – decorrentes da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva - , para que o processo coletivo seja

realmente efetivo.”⁵.

Levando-se em consideração a existência de um microsistema dos direitos coletivos, fundamentado no Título III, do CDC, e no art. 21, da lei 7.347/85; observando-se o *diálogo das fontes*, apto a garantir uma aplicação coerente das leis que regem a tutela dos direitos difusos; reconhecendo a identidade entre a sistematização da coisa julgada nas leis da ação popular, da

ação civil pública e no art. 103, I, do CDC; entendemos ser útil a aplicação da remessa necessária na defesa de interesses difusos por meio de ações civis públicas. Com isso, seria condicionada a imutabilidade de decisões prejudiciais à sociedade. Corremos o risco de interpretarmos extensivamente instituto restrito, que é a remessa necessária, mas cremos que tal interpretação é *exigida* pelo sistema constitucional e infraconstitucional, quando relacionada à defesa do interesse social.

NOTAS E REFERÊNCIAS

- 1 NERY Jr., Nelson. Teoria geral dos recursos, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 85.
- 2 GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Diálogo das Fontes, in De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, n.º 6, 2006.
- 3 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 578.
- 4 MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 28.
- 5 ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 577.

3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.4.1 MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas.** São Paulo: LTR, 2006, 224p.

Vicente de Paula Maciel Júnior possui uma vasta e consolidada experiência sobre a matéria pertinente às ações coletivas e ao processo coletivo. É Juiz do Trabalho em Minas Gerais, Doutor em Direito pela UFMG, Pós-Doutor pela Universidade de Roma – *La Sapienza* e Professor Adjunto III da Puc/Minas.

Destacando-se pela farta e especializada pesquisa bibliográfica, o livro aborda a construção originária da teoria dos direitos coletivos em sentido amplo, partindo do pressuposto de que os “primeiros passos dados pela doutrina foram no sentido de aplicação das conquistas do processo civil de matriz individualista aos novos direitos que despontaram” (p. 187).

Aduz o autor que “esse percurso foi fundado filosoficamente em premissas equivocadas” (p. 187), sendo certo que “a ciência do processo individual foi desprezando ao longo dos anos a sua vocação para a renovação e atualização de conceitos, formalizando-se em torno da noção de direito subjetivo, relação jurídica processual” (p. 187).

A partir desse referencial, o autor aborda, com profundidade teórica destacável, os demais temas correlatos que conduzem à construção da sua tese no sentido de conceber as ações coletivas como verdadeiras ações temáticas.

3.2.4.2 ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência.** São Paulo: RT, 2006, 318 p.

O livro apresenta uma série de artigos versando sobre o sistema potencializado e especial de defesa dos portadores de necessidades especiais.

Entre os temas abordados, destacam-se: acessibilidade na gestão da cidade, acesso à educação, competência, direitos do consumidor, direitos humanos e os novos paradigmas, discriminação no emprego, ensino infantil, garantias da execução

penal, preconceito, proteção internacional, vagas reservadas, transporte coletivo.

O conteúdo disponibilizado é realmente abrangente, envolvendo várias facetas dessa atuação especializada, destacando-se ainda a divulgação de dados, estatísticas e outras informações extremamente pertinentes ao contexto proposto.

B) Artigos

3.2.4.3 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio ambiental cultural: usucapião de bens móveis tombados. Uma análise em busca da efetividade protetiva do Dec.-lei 25/37. Revista de Direito Ambiental, vol. 41 (jan./mar). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 167-181, 2006, ano 11.

A partir de suas experiências práticas e sua atuação especializada na área afim, o Promotor de Justiça do Ministério Público mineiro e jurista Marcos Paulo de Souza de Miranda analisa, neste artigo, algumas questões controversas sobre a impossibilidade de se usucapir bens móveis tombados.

São elucidativas as palavras iniciais do autor:

Recentemente, várias ações civis públicas foram propostas pelo Ministério Público de Minas Gerais com o intuito de reintegrar a seus locais de origem peças sacras tombadas que haviam sido subtraídas e se encontravam em poder de cole-

cionadores de arte há anos. Nos embates jurídicos travados com os detentores de tais peças, a alegação de usucapião tem sido uma constante. Por isso, a análise jurídica sobre a viabilidade de se usucapir bem móveis tombados, mostra-se como de suma relevância para se alcançar a efetividade protetiva do Dec.-lei 25/37, que objetiva a tutela do meio ambiente, em seu aspecto cultural (p. 167).

Com efeito, são traçadas várias particularidades sobre o tema, além de apresentados importantes precedentes jurisprudenciais.

3.2.5 Jurisprudências da área

3.2.5.1 STJ, 3ª Turma. Técnica de formulação do pedido mediato em ação coletiva

EMENTA: PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PEDIDOS GENÉRICOS PRESENTES. TUTELA COLETIVA. CABIMENTO. A ação coletiva exige que o pedido mediato seja formulado de forma genérica. O pedido de limitação dos juros a 12% ao ano, constante de contrato bancário padrão, e o pedido de adequação de contrato ao que estabelece o Código de Defesa do Consumidor são considerados genéricos. Tais pedidos permitem o

acolhimento de uma tese geral, referente a determinados fatos, capaz de aproveitar a muitas demandas. A Associação de Defesa do Consumidor - ADCON tem legitimidade para pleitear o reconhecimento da abusividade de cláusulas inseridas em contrato de cartão de crédito que estipulem a cobrança de juros acima de 12% ao ano. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 3ª Turma, REsp 681872/RS, Rel. Min. Nancy Andrighy, j. 19.04.2005, DJ 23.05.2005, p. 287).

3.2.5.2 TRT, 3ª Região, 3ª Turma. Inserção social das pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho e competência da Justiça do Trabalho para as ações que visem garantir as vagas destinadas aos portadores de deficiência nas empresas. Art. 93 da Lei 8.213/1991

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS- OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR DE CONTRATAR PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS - COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar Ação Civil Pública ajuizada em defesa dos direitos difusos dos portadores de deficiência, visando a instrumentalizar a acessibilidade deles ao mercado de trabalho, interferindo, direta e efetivamente, na liberdade empresarial, quanto à seleção de seus empregados, obrigando à celebração de contratos de trabalho com pessoas de tal condição, observados os requisitos previstos na legislação específica, a exemplo do que dispõe o artigo 93, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213, de 24.07.1991 - que, não obstante direcionada para questões previdenciárias, dispõe acerca das obrigações trabalhistas e a contratação de empregados portadores de deficiência por empresas privadas -, bem assim, na esfera regulamentar, a Instrução Normativa

SIT nº 20, de 26.01.2001 - dispoendo sobre os procedimentos a ser adotados pela Fiscalização do Trabalho nesse contexto - e a Portaria MTE nº 1.1199, de 28.10.2003 - normatizando a imposição de multas administrativas a esse respeito. Entendimento em contrário, levaria a negar-se vigência ao comando expresso da ordem constitucional e infraconstitucional - artigos 114, inciso IX, 129, inciso III, ambos da Constituição da República; artigo 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93; artigo 82, inciso I, do CPC; artigos 1º, inciso I, e 3º da Lei nº 7.347/85; artigo 7º da Lei 7.853/89; artigo 93, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, conferindo relevo ao Ministério Público, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis, sociais, homogêneos, difusos e coletivos -, fazendo prevalecer o desrespeito a essa mesma ordem jurídica, com autorização para que todo e qualquer segmento produtivo da sociedade, que utiliza mão-de-obra subordinada, descumpra a lei, pois

livre de ação do Órgão legitimado, pode agir impunemente, na certeza de que mesmo vivendo num Estado democrático de direito, não está sujeito ao comando geral e cogente da lei, o

que - há de se convir - é inadmissível. (TRT 3ª Região (MG), 3ª Turma, RO 00067.2006. 076.03.00.0, Rel. Des. Irapuan Lyra, j. 27.09.2006, DJ 07.10.2006).

3.2.5.3 TJMG, 2ª Câmara Cível. *Proibição da realização de carnaval em áreas eminentemente residenciais, tendo em vista os sérios transtornos advindos da sua comemoração para a propriedade privada. Abuso de poder por parte da municipalidade, que deve realizar as festividades em locais adequados, sob pena de produção de poluição sonora*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. FESTA DE CARNAVAL. REALIZAÇÃO NA RUA ONDE MORAM OS IMPETRANTES. CARACTERIZA ABUSO POR PARTE DA MUNICIPALIDADE A REALIZAÇÃO DE CARNAVAL EM ÁREA RESIDENCIAL, COM GRANDES TRANSTORNOS PARA OS MORADORES, EM HAVENDO LOCAIS APROPRIADOS PARA TANTO. RECURSO PROVIDO. (...) A respeito da matéria vertida nos autos, tenho que está ocorrendo evidente desrespeito aos moradores da área em que é feito o carnaval de rua de Buenópolis, tendo em vista a possibilidade de realização do evento em locais mais apropriados. Com efeito, é patente que a realização do carnaval representa transtorno para os habitantes das ruas delimitadas para o evento, não me parecendo correta a conclusão de que o barulho também é constante durante os finais de semana, em função dos bares nela existentes. Há que se entender a diferença entre o movimento de bares e o de um carnaval, a começar pelo som alto e pela quantidade de turistas e moradores de outros bairros e regiões que vêm para o evento. Conforme asseverado pelos Apelantes, a exemplo do que os noticiários trazem sobre os carnavais em cidades históricas, como Ouro Preto e Diamantina, as pessoas urinam e defecam pelas ruas, jogando no chão toda sorte de objetos, restos de alimentos e, enfim, todo tipo de lixo. Há que se reconhecer, outrossim, a dificuldade em se transitar nas ruas e em suas imediações, o que muitas vezes impossibilita o acesso à própria residência, além dos riscos de danos ao patrimônio privado pela prática de crimes, como assaltos e vandalismo. Não pode ser olvidado que os Ape-

lantes são pessoas idosas, alguns em idade avançada, os quais estão sendo praticamente ilhados em suas residências durante o evento em questão, sendo que, nos termos do atestado de fls. 20, o Sr. Oswaldo de Almeida Lopes chegou a ser internado obtendo alta com a recomendação de repousar em ambiente tranquilo. Foi sugerida pelos Impetrantes a realização do carnaval de rua de Buenópolis em locais como a praça da antiga estação ferroviária, o ginásio poliesportivo ou o local onde é feita a Festa do Fazendeiro. Ora, se a cidade é dotada de locais apropriados à realização de eventos, como ginásios e praças, não há porque ser utilizada zona eminentemente residencial para tais fins. Não obstante o endereço dos Apelantes ser próximo a uma praça, tenho que é importante delimitar a realização desse tipo de evento aos locais onde os danos já relacionados serão menos sentidos. Nesse diapasão, em sendo possível a realização do carnaval no ginásio poliesportivo, ou no mesmo local em que ocorre a Festa do Fazendeiro, há que se conceder a segurança pleiteada, vez que resta caracterizado abuso da municipalidade em manter o evento em zona residencial, trazendo transtornos à população. Com tais considerações, dou provimento ao apelo para conceder a segurança pleiteada, a fim de que reste proibida, em caráter definitivo, a realização do carnaval no quarteirão da Avenida Engenheiro Belfort, esquina com Geraldo Miranda, próximo à Praça Frei Henrique. (TJMG, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0092.05.008593-2/002, Rel. Des. Jarbas Ladeira, j. 03.10.2006, DJ 01.11.2006).

3.2.5.4 Turma Recursal dos Juizados Especiais - BA, 4ª Turma. *A empresa prestadora de serviços de telefonia tem a obrigação de provar a regularidade de todas as ligações contestadas pelo consumidor*

EMENTA: RECURSO. PRELIMINARES AFASTADAS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA MENSAL. FALTA DE PREVISÃO LEGAS PARA LEGITIMAR A REFERIDA COBRANÇA QUE SE CARACTERIZA ABUSIVA. COBRANÇA DE PULSOS ALÉM FRANQUIA. EMPRESA RECLAMADA QUE NÃO DEMONSTRA O VALOR DE CADA PULSO NEM TEMPO DE DURAÇÃO. FALTA DE MEIOS DE FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO CONSUMIDOR QUE NÃO AFERE A VERACIDADE DOS NÚMEROS CHAMADOS E DO TEMPO DE DURAÇÃO DE CADA LIGAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 6º DO CDC. FALTA DE COMPROVAÇÃO CONTRATUAL DE CLÁUSULA QUE ESTABELEÇA COBRANÇA DE LIGAÇÕES LOCAIS SOB FORMA DE “PULSOS ALÉM FRANQUIA”, A FORMA DE AFERIÇÃO, E

O VALOR DA CADA. SENTENÇA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1-Cobrança de pulsos além franquia sem que o consumidor tenha conhecimento do valor de cada pulso, nem o tempo de duração das ligações feitas na rede de telefonia fixa fere frontalmente o quanto insculpido no art 6º do Código de Defesa do Consumidor. 2-O consumidor tem como direito básico obter informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e, neste caso, preço, bem como também os riscos que apresentam. Inteligência do art 46 do CDC. (4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Bahia, Juizados Especial Cível de Defesa do Consumidor, Processo nº : 83977-9/2005-1, Rel. Juíza Ilza Maria da Anunciação, j. 19.10.2006, DJ 21.10.2006).

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Os embargos do terceiro-credor: uma nova via no processo falimentar?

Marco Aurelio Ferenzi

Juiz de Direito em Belo Horizonte(MG)

Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos

“Vamos aos embargos... E por que iremos aos embargos?”¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do giro do sistema anterior para a nova lei. 3. O terceiro e o credor. 4. O crédito como bem da vida perseguido pela via dos embargos. 5. O correntista e /ou aplicador como credor do banco falido. 6. Conclusão.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo lançar uma discussão sobre o dispositivo do Art. 93, da Nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005), que trata dos embargos de terceiro, na medida em que aponta como legitimado ativo para a utilização dessa via processual o credor e não terceiro esbulhado ou turbado na posse. Tendo em vista a novidade do instituto contido na nova sistemática falimentar não se almeja, por óbvio, o esgotamento do assunto, mas um breve confronto do atual procedimento com o anterior e o sistema processual vigente.

ABSTRACT

The present work has as its aim to start a discussion about disposition of Art. 93, from the New Law of Bankruptcies (Law n. 11.101/2005), that it is about the arrests of third, so far as it points as the active legitimated for the application of this process way the creditor and not the third trouble in the possession. In view of the novelty of the institute contained at the new bankruptcies systematic it does not aim, by blatant, the exhaustion of the subject, but a brief of the actual confront of the actual procedure with the latter and the external present process system.

1. INTRODUÇÃO

Após onze anos de tramitação no Poder Legislativo, ao direito brasileiro foi introduzido um novo modelo falimentar com a promulgação da Lei n. 11.101, de 9-2-2005. Substituiu-se o emperrado procedimento da concordata pela recuperação (judicial e extrajudicial) adequando nosso sistema ao de nações industrializadas. No âmbito da falência vieram alterações consideráveis, tornando a execução coletiva mais apta para atender aos anseios conflitantes do empresário insolvente e seus credores. Não se cogita mais do inquérito judicial e da verificação de contas. A habilitação dos credores passou a ser realizada perante o administrador judicial, o qual teve sua atividade profissionalizada, facilitando a realização do ativo e alterando a ordem de classificação dos credores.

É certo que os procedimentos ainda estão em uma fase inicial de processamento perante o Poder Judiciário, não sendo ainda possível aferir a efetividade dos novos instrumentos contidos na Nova Lei de Falências, tampouco a posição dos Tribunais.

Mas, foi inserido nesse novo diploma falimentar o Art. 93 dispondo sobre os embargos de terceiros dentro da Seção III que trata do Pedido de Restituição. Mas, como se verá à frente, tudo indica ter havido um novo enfoque ao aludido incidente processual, transformando o terceiro em credor, o credor em

terceiro.

2. DO GIRO DO SISTEMA ANTERIOR PARA A NOVA LEI

O Decreto-lei n. 7.661, de 21-6-1945, em seu art. 79, inserido no Título V, que dispunha Do Pedido de Restituição e dos Embargos de Terceiro, era vazado nos seguintes termos: “Art. 79. Aquele que sofrer turbação ou esbulho na sua posse ou direito, por efeito da arrecadação ou do seqüestro, poderá, se não preferir usar o pedido de restituição (art. 76), defender os seus bens por via de embargos de terceiro”.

É que o síndico, quando da promoção da arrecadação, não tinha outra opção senão promover a constrição de todos os bens que estivessem no estabelecimento do falido. Promovendo a arrecadação desses bens poderia turbar ou esbulhar a posse ou direito de terceiro, para o qual havia a possibilidade do manejo do incidente em questão. Anote-se que aparentemente o citado dispositivo legal dava uma opção ao turbado ou esbulhado de valer-se do pedido de restituição. Mas, não são procedimentos equivalentes na medida em que a mera turbação não autorizava a utilização do pedido restitutivo, apesar da posição divergente de Rubens Requião.²

A nova lei, ao tratar dos embargos de terceiro, não deu ensejo a essa dúvida não admitindo a fungibilidade daqueles com

o pedido de restituição, dispondo textualmente: “Art. 93. Nos casos em que não couber pedido de restituição, fica resguardado o direito dos credores de propor embargos de terceiro, observada a legislação processual civil.”

Mas, o cerne da questão ora debatida, na real verdade, reside no fato de a Nova Lei de Falência dar legitimidade ativa aos credores e não aos terceiros como se deduzia do texto legal do Decreto-lei n. 7.661 e da nossa própria tradição processual civil, esta aplicável de forma subsidiária.

Indago:

- a) Qual credor terá a oportunidade de manejar os embargos de terceiro do art. 93, da Lei n. 11.101/2005?
- b) Criou-se uma nova classe de credores na falência?
- c) De qual instrumento dispõe o terceiro que foi esbulhado ou turbado na sua posse ou direito?

3. O TERCEIRO E O CREDOR

Os processualistas procuram conceituar o legitimado ativo para o manejo dos embargos de terceiro, pois “quem não sendo parte no processo”, como consta do texto legal, não é suficiente para indicá-lo.

Hamilton de Moraes e Barros³ destaca a posição de vários deles:

Para PEREIRA DE SOUZA, citado por LUIZ AMBRA, em Dos embargos de Terceiro, pág. 20, “Terceiro é a pessoa diferente daqueles que tem contenda entre si” e, logo a seguir, o mesmo LUIZ AMBRA acrescenta: “é o antônimo de parte, haja ou não sentença na lide”.

PONTES MIRANDA, depois de dizer que “somente pode embargar como terceiro quem não tomou parte no feito”, pondera que “mais precisa e cientificamente se há de dizer que não pode usar de embargos de terceiro quem quer que esteja sujeito à eficácia do ato judicial que pretende embargar” (Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed.vol. IX, pág. 23).

LIEBMAN, em parecer na Revista Forense, vol. CIX, pág. 46, assentou:

Para determinar se uma pessoa é ou não parte em processo, não é suficiente considerar a sua identidade física, devendo-se, ao contrário, tomar em conta também a qualidade jurídica em que compareceu no feito. Uma pessoa física poder ser simultaneamente parte e terceiro com relação a determinado processo, se não diferentes títulos jurídicos que justificam esse duplo papel que ela pretende representar, se não distintas as posições jurídicas que ela visa a defender.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, nas suas perfeitas Instituições de Direito Judiciário Civil, vol. 5, 2ª ed., pág. 445, ensina: “Os embargos são de terceiro; mas, como tal, deve entender-se não a pessoa física ou jurídica que não tenha participado

do feito, mas a pessoa titular de um direito outro que não tenha sido atingido pela decisão judicial”.

Depois de repetir a lição de J. M. CARNEIRO LACERDA, nos Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro, edição de 1941, vol. IV, pág. 175, de que terceiro “é o que não figurou na causa principal, ou contra quem a sentença não é exequível”, ainda escreve JOSÉ FREDERICO MARQUES: “Se a pessoa citada para a execução é parte ilegítima (ilegitimidade passiva *ad causam*) para figurar na relação processual executória, o que lhe cumpre é aduzir essa falta de condição de ação nos embargos do executado. Impossível lhe é, depois, opor embargos de terceiro.

Ainda com relação ao conceito de terceiro, vale invocar-se JOSÉ ALBERTO REIS, para quem “terceiro contrapõe-se a parte. É terceiro com relação a um processo quem nele não figura como parte. É com a intervenção em processo alheio que o terceiro se transforma em parte.”

E vamos encerrar essa caracterização com a palavra de MOACIR AMARAL SANTOS, nas suas Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 2º, 4ª edição, 1972, Max Limonad editor, pág. 24: “Terceiros são pessoas estranhas à relação processual já constituída, mas que, sujeitos de uma relação de direito material àquela se liga intimamente, intervêm no processo sobre a mesma relação, a fim de defender interesse próprio”.

Ora, não discrepam, portanto, em identificar o terceiro como sendo aquele que não compareceu ao processo como parte, conceito que se transpõe facilmente para o processo falimentar até pela aplicação subsidiária da lei processual civil, o que difere da figura do credor diante da instauração da falência do sujeito passivo do crédito.

É que, decretada a falência e publicado o edital a que alude o art. 99, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005, incumbe ao credor não relacionado promover a habilitação de seu crédito perante o administrador judicial. Crédito este que, devidamente habilitado, será satisfeito quando da liquidação do ativo e pagamento dos demais credores.

Tendo em vista o negócio jurídico existente entre o credor e o falido, estando aquele relacionado pelo administrador judicial, ou sendo admitido pela via da habilitação, somente se pode dizer que o credor figura no processo falimentar como parte, nele podendo intervir ativamente na defesa de seus interesses perante a massa. Não se amoldando a sua condição à posição de terceiro nos autos da falência, pois dele é parte e tem atuação ativa, repetindo.

4. O CRÉDITO COMO BEM DA VIDA PERSEGUIDO PELA VIA DOS EMBARGOS

O art. 1.046, do Código de Processo Civil, põe à disposição do terceiro os embargos quando sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens. Já o art. 79 da revogada Lei de Falência outorgava expressa proteção, não só à posse, mas também a

direito⁴.

A Lei n. 11.101/2005, por seu turno, dispõe que, nos casos em que não couber pedido de restituição, fica resguardado o direito dos credores de propor embargos de terceiro, observada a legislação processual civil.

Não se pode daí extrair a conclusão de que os direitos estariam excluídos da proteção dos embargos, pois até mesmo o crédito pode ser perseguido como leciona Pontes de Miranda⁵:

O direito pode ser pessoal, como se o juiz penhora crédito, pretensão ou ação, ou se, devendo somente penhorar o bem, deducta a dívida, a pretensão, ou a ação, o penhora sem restrição, ou se, devendo somente penhorar o crédito, a pretensão ou a ação, penhora o bem, cujo domínio ou direito real ainda não foi transferido ao credor, ou titular da pretensão ou ação.

O mesmo Pontes de Miranda⁶ afirma que:

O terceiro, que é apenas credor do executado, pode embargar com fundamento em que a coisa julgada material ou o ato judicial é incompatível com o seu “direito” e lhe cause constrição. Não precisa, para isso alegar colusão. O credor é terceiro como qualquer outro.

Porém, sem dúvida, esta não é a posição do credor do falido.

Mas, na medida em que seu crédito não é objeto de arrecadação pelo administrador judicial, mas sim parte integrante da massa que compõe o passivo da empresa insolvente, aquela não é a hipótese normal da situação do credor no processo falimentar.

Ora, se não houve arrecadação de seu crédito, como cogitar da utilização da via dos embargos?

O detentor, em virtude de direito real ou de contrato, que teve seu bem arrecadado pelo administrador judicial no estabelecimento do falido, será legitimado ativo para promover o pedido de restituição, na forma do art. 85, da Lei n. 11.101/2005.

Nessa hipótese, tive oportunidade de demonstrar na dissertação de mestrado⁷ as várias hipóteses em que inclusive o dinheiro arrecadado na falência pode ser objeto do pedido restitutivo.

5. O CORRENTISTA E /OU APLICADOR COMO CREDOR DO BANCO FALIDO

Naquela mesma oportunidade da dissertação argumentei da possibilidade do correntista e/ou aplicador de instituição financeira falida valer-se do pedido de restituição para reaver os valores depositados e/ou aplicados arrecadados pelo administrador judicial, tendo em vista a ausência de transferência da

propriedade da quantia aplicada e/ou depositada, pela aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor⁸ e pela ausência de plena disponibilidade sobre os respectivos valores pelo banco.

Contudo, a tese que prevaleceu no julgamento do caso da falência do Banco do Progresso S.A., em sede de Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça⁹ é a de que, na hipótese, há transferência de propriedade e que o depositante não tinha cobertura do art. 76, do Decreto-Lei n. 7.661/45 (hoje, art. 85, da Lei n. 11.101/2005), pois se trata depósito de coisa fungível, que se regula pelo que dispõe a lei acerca do mútuo (art. 1.280, do Código Civil de 1.916 – art. 645, do Código Civil de 2002). Assim, o correntista e/ou aplicador da instituição financeira falida transmutou-se de terceiro para credor, sujeito ao rateio na classe dos quirografários, mas não legitimado ativo para os embargos de terceiro.

Aliás, Trajano de Miranda Valverde¹⁰, comentando o Art. 79, do revogado Decreto-Lei n. 7.661/45, indaga e aduz que:

Poderá o juiz, se julgar improcedentes os embargos de terceiro, mandar incluir o embargante na classificação que, como credor, por direito lhe caiba? Parece que sim, atendendo-se ao princípio de economia processual e à circunstância de que, no pedido de restituição, essa faculdade é concedida ao juiz (art. 77, parágrafo 5º).

Seria esse credor, do banco falido, o legitimado ativo para os embargos de terceiro na Nova Lei de Falências?

Entendo que não, pois a ele cabe o pedido de restituição e o sistema da Lei n. 11.101/2005 não teve alterações substanciais a inviabilizar a busca do crédito por intermédio desse procedimento.

6. CONCLUSÃO

A doutrina que se debruçou sobre o texto da Nova Lei de Falências ainda não se atentou para a questão enfocada, bem como não se tem notícia de que já tenha sido objeto de apreciação pelos Tribunais.

Mas o fato é que ainda não se vislumbra qual vai ser o credor apto para manejar os embargos de terceiro, tampouco se pode dizer da criação de uma nova classe de credores.

Ao terceiro, assim entendido aquele conceituado pela doutrina processual civil, que foi esbulhado ou turbado na posse de seus bens ou direito terá por certo a possibilidade da utilização dos embargos a que alude o art. 1.046, do Código de Processo Civil, pois o art. 93, da Lei n. 11.101/2005, ressalva a observância da aplicação da legislação processual.

Enquanto isso, vamos aos embargos...

NOTAS

1 ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. São Paulo: Globo, 1997. p. 177. (Obras completas de Machado de Assis)

2 REQUIAO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1, p.254

3 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v.9,p.363-365.

4 “Art. 79. Aquele que sofrer turbacão ou esbulho na sua posse ou direito, por efeito da arrecadação ou do seqüestro, poderá, se não preferir usar do pedido de restituição (art. 76), defender os seus bens via de embargos de terceiro”.

5 Miranda, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t.15, p.7

6 Idem, 1977, p. 79

7 FERENZINI, Marco Aurélio. *O dinheiro de terceiro em poder do falido como objeto do pedido de restituição no processo falimentar*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, 2006.

8 Tese agasalhada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591 proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro Consif, em que foi relator o Ministro Carlos Veloso, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

9 Vide exemplificativamente: Recurso Especial n. 504.300-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 20/05/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 1 jun.2005.

10 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.70-71.

REFERÊNCIAS

1 ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

2 BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v 9

3 CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

4 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova Lei de Falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

5 GUERRA, Érica; LITRENTA, Maria Cristina Frascari (Org.). *Nova lei de falências*; lei 11.101 de 9/2/2005, comentada. Campinas, SP: LZN, 2005.

6 MACHADO, Rubens Aprobato (Coord.). *Comentário à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

7 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t.15

8 PACHECO, José da Silva. Do pedido de restituição e dos embargos de terceiro no processo de falência consoante a nova lei. *ADV Advocacia dinâmica*: boletim informativo semanal, v. 25, n. 31, p.607, 7 ago. 2005 .

9 PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

10 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v.1

11 SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

12 TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

13 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. v. 2.

3.3.2 A possível inconstitucionalidade da exclusão de sócios nas sociedades limitadas em virtude de incapacidade superveniente

Wilson Medeiros Pereira

*Técnico em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Pós-Graduado em Direito Econômico e Empresarial*

Civil



Wilson Medeiros Pereira

O novo Código Civil prevê em seu art. 1.030 a possibilidade de um sócio ser excluído judicialmente por incapacidade superveniente, mediante iniciativa dos demais sócios. Pode-se perceber que a exclusão de um sócio pode se dar por meio de deliberação, desde que prevista tal hipótese no contrato social, e que o fato a ele imputável coloque em risco a sobrevivência da empresa ou se mostre de flagrante gravidade. De

resto, sobrará unicamente a via judicial para a eliminação do sócio, o que exigirá a comprovação de ocorrência de falta grave no cumprimento de suas obrigações ou a superveniência de sua incapacidade.

Sob o ponto de vista social, o incapaz enquadra-se no conceito de pessoa portadora de deficiência, razão pela qual a norma do Código Civil permissiva da exclusão societária em virtude de incapacidade superveniente fere normas constitucionais, inclusive o princípio da função social da empresa.

A partir de uma visão médica e segundo critérios técnicos, as deficiências podem ser classificadas em física, auditiva, visual, mental e múltipla. O interessante é que o NCC não fez qualquer menção ao tipo de deficiência que poderia ser aplicada.

Não obstante a literalidade da norma legal, a interpretação sistemática exposta indica que a incapacidade superveniente não constitui, em absoluto, motivo para exclusão, mas apenas hipótese que justifica o afastamento do sócio do cargo de administrador/diretor. (ASSIS, 2003:32).

Na interpretação da norma que autoriza tal exclusão, é preciso fixar duas premissas: (a) exclusão é uma sanção que só se justifica no caso de falta grave e (b) a incapacidade por deficiência mental, ao contrário da incapacidade por embriaguez ou dependência de tóxicos, não decorre de ato voluntário.

É forçoso entender que a incapacidade superveniente justifica plenamente o afastamento do sócio do cargo de administrador, mas não justifica a exclusão. Sua incapacidade, superveniente ou congênita, não afeta nem compromete a estrutura empresarial, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) no caso de menor incapaz.

A exclusão decorrente da incidência de incapacidade não encontra guarida nos princípios constitucionais que tratam dos direitos e garantias das pessoas portadoras de necessidades especiais. A exclusão é uma sanção que deve ser aplicada ao sócio que age de má-fé, que não observa o dever de lealdade ou não cumpre as obrigações contratadas. A expulsão é um ato que repercute negativamente na auto-estima do sócio excluído e, na maioria das vezes, significa perda de patrimônio, especialmente quando se trata de empreendimento que progressivamente vem obtendo sucessos financeiros e reputação no mercado (ASSIS, 2003:32).

Fazendo uma análise sob o prisma principiológico, resta evidente que a exclusão baseada em incapacidade superveniente conduz a uma prática negatória dos princípios da lealdade e da boa-fé. Ademais, a deficiência adquirida posteriormente, por si só, não constitui fundamento para proceder à exclusão do recém incapaz. Qualquer forma, mesmo indireta, que objetivar atingir pessoa portadora de deficiência é uma afronta grave aos princípios basilares da Constituição da República, conforme se abstrai do seu Art. 5º, Art. 7º, XXXI, Art. 23, II, Art. 24, XIV, Art. 34, VII, b, e Art. 203, V, dentre outros.

Sugere-se como interpretação do dispositivo do Código Civil, em espeque, o mesmo entendimento que o STF aplica ao sócio menor incapaz: (a) não-exercício de cargos de gerência e/ou administração; (b) capital social totalmente integralizado; (c) nas deliberações da sociedades, o sócio incapaz seria repre-

sentado (incapacidade absoluta) ou assistido (relativa) pelo seu responsável.

Por outro lado, cumpre trazer à lume questão que se refere àquelas sociedades empresariais constituídas por número reduzido de sócios e que estes compõem o capital intelectual delas. Nessas situações, a análise sobre a possibilidade de exclusão de sócio acometido de incapacidade deve ser encarada com o devido cuidado e responsabilidade. Se por uma perspectiva pode estar desrespeitando os direitos dos incapazes; numa outra, uma sociedade pode estar se tornando inviável, caso não seja possível a exclusão do sócio incapaz.

Imagine uma sociedade constituída por dois ou três sócios, sendo que todos eles trabalham na atividade empresarial, cuja formação societária fora baseada exatamente no perfil curricular de cada membro. Destarte, caso algum desses sócios viesse a ser acometido de incapacidade que lhe tolhesse a participação na empresa, não seria plausível obrigar os demais sócios a manterem a estrutura empresarial intocável.

Pelo exposto, tem-se que a exclusão fundada na incapacidade superveniente não só deve ser entendida e aplicada com o devido cuidado e respeito aos princípios de proteção aos portadores de deficiência, como também aos princípios da liberdade e viabilidade empresarial, análise que deve ser submetida à apreciação livre, imparcial, desapassionada e formativa do Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

- ASSIS, Olney Queiróz. *A Sociedade Contratual e o Sócio Incapaz no Código Civil de 2002: Uma Evidente Inconstitucionalidade*. In Revista Literária de Direito, nº 48, Ago/Set de 2003
- BULGARELLI, Waldírio. *Direito Comercial*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 1997
- MARTINS NETO, Braz. *A Exclusão de Sócio nas Sociedades Limitadas*, in Revista Literária de Direito, nº 47, jun/jul de 2003
- NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *A Proteção ao Trabalho das Pessoas Portadoras de Deficiência*. In Revista Literária de Direito, nº 51, Mar/Abr de 2004
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*. Rio Janeiro: Forense, 1956
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 22ª ed. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1995.

3.3.3 Processo de adoção de pessoa com mais de 18 (dezoito) anos idade: competência jurisdicional

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

de se esperar.

1. Introdução

O fato de o art. 148, inciso III, da Lei nº 8.069 de 13/07/1990 estabelecer, genericamente, que a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes, dentre outras medidas, tem feito com que, de forma equívoca, requerimentos de tal jaez, envolvendo pessoas com idade superior a dezoito anos, sejam formulados perante o referido Juízo, e não numa Vara de Família, como seria

2. Justificação

Inicialmente, é forçoso destacar que, diante do que dispõe o parágrafo único do art. 1.623 do novo Código Civil, todo e qualquer pedido de adoção, independentemente da idade do adotando, deve ser formulado no Poder Judiciário, ficando assim afastada a possibilidade da adoção por escritura pública, o que se admitia outrora.

Com efeito, a demonstração segura nos autos de que o adotando, no momento do ajuizamento do pedido, possui a idade de dezoito anos ou mais, por si só, tornará inaplicável ao caso o disposto no art. 148, III, da Lei nº 8.069/90, visto que, expressamente, esta Lei tem por objeto jurídico certo e delimitado a chamada proteção integral de crianças e de adolescentes (cf. art. 1º).

Nessa linha de argumentação, basta ser lembrado, a título de analogia, que a Lei nº 8.185 de 14/05/1991 (posterior à Lei nº 8.069/90) - que dispõe sobre a Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios -, prescreve em seu art. 28, o seguinte: Art. 28. Aos Juizes das Varas de Família compete: [...] VI - autorizar a adoção de maiores; [...]

A jurisprudência, por seu turno, mostra-se bastante escassa em relação a esse assunto, cujas ensinanças estão assim resumidas:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS JUÍZOS DA 2ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE NATAL E DA 1ª VARA DE FAMÍLIA DO DISTRITO JUDICIÁRIO DA ZONA NORTE DE NATAL. ADOÇÃO DE MAIOR DE 18 ANOS. APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA ATINENTE AO DIREITO DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO DO ART. 33, I, "a", ITEM 4, DA LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA DO DISTRITO JUDICIÁRIO DA ZONA NORTE DA COMARCA DE NATAL. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte – 23/06/2004 (base TJRN – Ementário Int. Teor) Feito: Conflito Negativo de Competência Nº 2004.000600-4 – NATAL/RN – Relator: Desembargador Rafael Godeiro. <http://www.ijur.com.br/x.int/netserv/frmDocumento> - acesso em 08/01/2007.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS:

- 1) LF 8069 de 1990 Art. 39
- 2) LF 8069 de 1990 Art. 42 Par. 1º
- 3) LF 8069 de 1990 Art. 20
- 4) CC 1626
- 5) CC 368
- 6) CF/88 Art. 227 Par. 6º
- 7) Juris Plenum *on-line* [CD-rom] – Edição 71 - Vol. 1 - Mai/Jun 2003 - Jurisprudência Cível.

1 Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

3.3.4 O cônjuge e o direito à herança



Érico de Pina Cabral

A sucessão por morte divide-se em *sucessão legal* (decorrente da lei) e *testamentária* (decorrente de testamento). Na *sucessão legal* há

TJRS-234679 - ADOÇÃO DE MAIOR DE 18 ANOS PELOS AVÓS. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À ESPÉCIE.

Aos maiores de 18 anos aplicam-se as regras contidas no código civil referentes a adoção, vez que o ECA dispõe unicamente sobre a adoção de crianças e adolescentes (art. 39, *caput*). Não é juridicamente impossível o pedido de suprimento judicial de outorga visando futura adoção da neta maior de 18 anos pelos avós. Apelação provida, por maioria. (fl. 6)

(Apelação Cível nº 70004935904, 8ª Câmara Cível do TJRS, Rio Grande, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade. j. 10.10.2002).

De mais a mais, o art. 2º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069 de 1990 -, contém o comando normativo peremptório, segundo o qual o referido Estatuto, em nenhuma hipótese excepcional, poderá ser aplicado em relação às pessoas maiores de 21 (vinte e um) anos de idade; entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade. Uma das possibilidades expressas de aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente é aquela prevista em seu art. 121, § 5º, ou seja, da manutenção da medida socioeducativa de internação até 21 (vinte e um) anos de idade.

Derradeiramente, é importante sublinhar que, se o pedido de adoção tiver sido ajuizado perante a Vara da Infância e da Juventude antes do advento da maioridade civil do adotando, sobrevindo esta, tal Vara continuará competente para conhecer e processar o pedido, a teor do disposto no art. 87 do Código de Processo Civil¹ – Lei nº 5.869 de 11/01/1973.

3. Conclusão

Nas comarcas onde houver varas especializadas, o pedido de adoção de pessoa maior deverá ser formulado perante o Juízo de Família, e não na Vara da Infância e da Juventude.

cinco classes de sucessores: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais e o Estado. Em regra, a existência de herdeiros de uma classe exclui os da classe subsequente. Excepciona-se o cônjuge, que agora concorre com os filhos e pais do falecido.

Os descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente são chamados *herdeiros necessários*. Os colaterais até 4º grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, sobrinhos-netos e tio-avô) são chamados *herdeiros facultativos*. Estes últimos só herdam na falta daqueles e, ao contrário dos *herdeiros necessários*, podem ser excluídos da herança se o falecido (*de cujus*) deixar testamento dispondo sobre a totalidade dos bens.

Assim, se o *de cujus* não tem cônjuge e deixou três filhos, todos herdam por cabeça e a herança se divide para cada um em três partes iguais. Da mesma forma, se o *de cujus*, sem cônjuge, só deixou netos, porque todos os filhos já faleceram, todos eles herdam igualmente. Mas, se o *de cujus* deixou dois filhos vivos (A e B) e dois netos (X e Y) filhos de C, falecido anteriormente, a herança se divide em 3 partes: duas delas para os filhos A e B e a outra terça parte dividida ao meio entre os netos X e Y, filhos de C, pré-morto.

A nova ordem de sucessão hereditária (art. 1.829 do Código Civil) beneficia sobremaneira o cônjuge sobrevivente. Antes (Código Civil anterior) o cônjuge era herdeiro *facultativo*, agora é herdeiro *necessário* e concorre à sucessão legítima em igualdade de condições com os filhos e pais do falecido, desde que não esteja separado judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos. Nessas duas situações o cônjuge não é herdeiro.

É necessário esclarecer, porém, que o cônjuge sobrevivente somente é herdeiro dos *bens particulares* do falecido, isto é, dos bens que o falecido tenha adquirido antes do casamento. Assim, por exemplo, ao falecer, o cônjuge A deixa patrimônio de R\$ 120.000,00, sendo R\$ 60.000,00 adquiridos antes do casamento (*bens particulares*) e R\$ 60.000,00 adquiridos depois do casamento, pelo esforço comum do casal (*bens aquestos*). Estes últimos são divididos em duas partes: a) R\$ 30.000,00 correspondem à meação do cônjuge sobrevivente; b) os outros R\$ 30.000,00 formam a herança deixada pelo *de cujus* e devem ser divididos exclusivamente entre seus 3 filhos (R\$ 10.000,00 para cada). Na falta dos filhos, herdam os pais do falecido. Em relação aos bens aquestos, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro, porque deles já é meeiro e, *quem é meeiro, não deve ser herdeiro*.

Os outros R\$ 60.000,00, correspondentes aos *bens particulares* do falecido, adquiridos antes do casamento, devem ser divididos em partes iguais entre o cônjuge sobrevivente e os filhos do falecido; ou entre o cônjuge e os pais do falecido se o casal não teve filhos; ou o cônjuge herdará sozinho se o falecido não tiver deixado pais nem filhos. Assim, se o casal tinha 3 filhos, os R\$

60.000,00 que correspondem aos *bens particulares* do falecido devem ser divididos em 4 partes iguais: R\$ 15.000,00 para cada um dos 3 filhos e R\$ 15.000,00 para o cônjuge sobrevivente. Portanto, dos R\$ 120.000,00 que formavam a totalidade dos bens do casal, cada filho fica com R\$ 25.000,00 (R\$ 10.000,00 de herança sobre os bens aquestos mais R\$ 15.000,00 sobre os bens particulares). O cônjuge sobrevivente fica com R\$ 45.000,00 (R\$ 30.000,00 da meação sobre os aquestos, mais R\$ 15.000,00 da sua cota na herança sobre os bens particulares do falecido).

O Código Civil ressalva que, se o falecido deixou mais de 3 filhos havidos com o cônjuge sobrevivente, ele nunca terá cota de herança inferior a 1/4 sobre seus *bens particulares*. Se houver filhos provenientes de outra relação, não há ressalva de 1/4.

Dessa forma, na nova ordem de sucessão hereditária, o cônjuge se coloca em três posições alternativas: (1) herdará sozinho se o *de cujus* não tiver filhos nem pais vivos; (2) herdará junto com os pais se o *de cujus* não tiver filhos; (3) herdará junto com os filhos, independentemente de o falecido ter ou não, pais vivos.

Na situação acima, há exceções e o cônjuge sobrevivente não será herdeiro dos *bens particulares* do falecido se tiver casado no regime da comunhão universal de bens (porque será meeiro de todo o patrimônio deixado pelo falecido). Também não será herdeiro se for casado no regime da separação obrigatória de bens. E, por último, não será herdeiro se o falecido não tiver deixado bens particulares, qualquer que seja o regime do casamento.

Na hipótese de não haver filhos, a sucessão devolve-se aos pais do falecido, cabendo a cada um deles, e ao cônjuge sobrevivente, 1/3 da herança. Se o falecido tiver somente mãe viva e avós paternos, a herança será dividida em duas partes iguais: metade para a mãe do falecido e metade para o cônjuge sobrevivente, nada cabendo a seus avós. Estes só herdarão dividindo com o cônjuge sobrevivente se o falecido não tiver nenhum dos pais vivos.

Por fim, sem prejuízo da sua participação na herança, qualquer que seja o regime de bens do casamento, ao cônjuge sobrevivente é assegurado o *direito real de habitação* no imóvel destinado à residência da família.

E a companheira? A situação da companheira é muito semelhante a tudo que vimos... Mas, isso é assunto para uma outra oportunidade.

3.3.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.5.1 BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um terceiro enigmático.** São Paulo: Saraiva, 2006, 714p.

Excepcional e profundo trabalho sobre a figura do *amicus curiae* no processo civil brasileiro, tem origem na tese com a qual o autor obteve o título de Livre-Docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUC/S. A obra está atualizada com as principais leis que alteraram o processo civil recentemente.

Como proposta, diz Cassio Scarpinella:

O presente trabalho busca avaliar a figura do *amicus curiae* no direito processual civil brasileiro, identificando-a, contextualizando-a e lhe oferecendo uma proposta de conceituação própria, que a distinga de outras figuras e de outros sujeitos

processuais (p. 1).

Sem sombra de dúvidas, é um livro de conteúdo realmente elogiável e atualizado, chegando praticamente a esgotar a matéria por meio de uma abordagem clara, direta e substancial.

Em suma, são palavras do próprio jurista:

A conclusão é no sentido de que o *amicus curiae* é, antes de tudo, uma verdadeira imposição, quando ao menos uma consequência do sistema constitucional brasileiro, que, ao moldar o processo civil, viabiliza a realização dos valores característicos do próprio modelo de Estado definido pela Constituição Federal (p. xxviii).

B) Artigos

3.3.5.2 MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais.** Revista de Consumidor, nº 58, abril/junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 55-74.

O artigo do autor, que é mestre e doutorando pela PUC-SP, Professor Universitário e Promotor de Justiça em Minas Gerais, em síntese, do:

relaciona o direito dos contratos com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal notadamente a partir da dignidade da pessoa humana e seus pressupostos (vida, liberdade, igualdade e segurança), esboçando, neste aspecto, comentários sobre a teoria geral dos contratos, mediante a análise de seus princípios: autonomia privada, boa-fé objetiva e justiça contratual (p. 55).

O artigo destaca-se ainda pelo grau de profundidade com o qual é abordada a matéria, sua farta e especializada referência bibliográfica e impecável sistematização do assunto.

Vale citar parte do entendimento do jurista nesse senti-

Atualmente as imposições advindas da globalização exigem que os ordenamentos jurídicos passem a adotar frequentemente posições em tutela aos direitos humanos, tudo isso (como se viu) como uma única resposta para preservar a humanidade do globalismo neoliberal e de efeitos meramente mercadológicos.

Daí a relevância em superar a setorização do direito, abandonando as construções que exigiam a análise dicotômica entre o direito público e o direito privado, especialmente no que respeitam aos direitos humanos fundamentais, os quais para o alcance pleno da complexidade jurídica devem ser entendidos de forma abstrata e geral, indene a qualquer estruturalismo divisório (p. 72).

3.3.6 Jurisprudências da área

3.3.6.1 TJMG, 1ª Câmara Cível. *Definição da hipótese de inimizade para fins de suspeição da testemunha*

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA POR INIMIZADE - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO POR PARTE DO AGENTE QUE PRATICOU O ATO - UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DA MUNICIPALIDADE - SENTENÇA CONFIRMADA - A inimizade tipificadora do estado de suspeição de que trata o art. 405, §3º, III, do CPC é apenas aquela capaz de demonstrar o interesse pessoal da testemunha em influenciar no resultado da lide de forma a prejudicar a parte. Tal restrição alcança apenas o inimigo “capital” da parte, não se incluindo nessa definição os ex adversos em outras lides ou partidários de correntes polí-

ticas opostas. - O ato de improbidade administrativa configura ilícito de natureza civil, não se identificando com os crimes de responsabilidade penal de que trata o Código de Processo Penal e, via de consequência, não se trata de hipótese de competência originária deste egrégio Tribunal de Justiça. - Na hipótese de prática de ato em desacordo com os princípios norteadores da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal), com a caracterização de dano ou de proveito patrimonial, impõe-se aplicação de penalidades em sede de ação civil pública, conforme se infere do que dispõe a Lei nº 8249/92. (TJMG, 1ª Câmara Cível, *Apelação Cível nº 1.0054.02.007739-9/001*, Rel. Des. **Eduardo Andrade**, j. 29.11.2005, DJ 16.12.2005).

3.3.6.2 STJ, 3ª Turma. *Mitigação da súmula 301 do STJ, no sentido de que a recusa da realização do exame de DNA nem sempre implica em presunção iuris tantum da paternidade*

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DO RÉU. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. FALTA DE PROVAS INDICIÁRIAS. O não comparecimento, injustificado, do réu para realizar o exame de DNA equipara-se à recusa. Apesar da Súmula 301/STJ ter feito referência à presunção iuris tantum de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter

ao exame de DNA, os precedentes jurisprudências que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 3ª Turma, REsp nº 692242/MG, Rel. Min. Nancy Andrighy, j. 28.06.2005, DJ 12.09.2005, p. 327).

3.3.6.3 STJ, 5ª Turma. *Impenhorabilidade do único bem de família, ainda que este esteja locado para terceiros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. O entendimento predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º da Lei nº 8.009/90, se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este

se encontre locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou mesmo para garantir a sua subsistência. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag 679695 / DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 11.10.2005, DJ 28.11.2005, p. 328).

3.3.6.4 STJ, 2ª Seção. *Possibilidade de o juiz, “ex officio”, alterar o valor da causa*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. VALORDA CAUSA. GRANDE DESCOMPASSO ENTRE O MONTANTE ATRIBUÍDO PELO AUTOR E A REAL EXPRESSÃO ECONÔMICA DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. LESÃO AO ERÁRIO. EXCEPCIONALIDADE A JUSTIFICAR A ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. CPC, ARTS. 259, 260 E 261. EXEGESE. I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que

enfrenta, suficientemente, as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas que com conclusão adversa à parte irredutível. II. Excepcionalmente, quando constatada grande discrepância entre o valor atribuído à causa pelo autor e a real expressão econômica da demanda, pode o magistrado determinar, de ofício, a sua alteração. III. Embargos conhecidos, mas improvidos (STJ, 2ª Seção, EREsp 158015/GO, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 13.09.2006, DJ 26.10.2006, p. 218).

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Conceito de autoria em direito penal

Lendo-se a descrição típica dos crimes, constata-se que eles podem ser cometidos por uma só pessoa ou por várias pessoas. Há crimes que exigem obrigatoriamente a participação de várias pessoas. São os chamados crimes plurissubjetivos. São de condutas paralelas (exemplo: quadrilha ou bando, CP, art. 288) ou contrapostas (exemplo: rixa, art. 137) ou convergentes (exemplo: bigamia, art. 235).

Crimes monossubjetivos, ao contrário, são os que podem ser cometidos por uma só pessoa. Exemplos: roubo, furto, homicídio, falsificação documental, evasão de divisas etc.

Os crimes plurissubjetivos configuram crimes de concurso necessário (de pessoas). O crime de quadrilha ou bando, como vimos, é um crime plurissubjetivo. É um exemplo de concurso necessário de pessoas (exige no mínimo quatro).

Mas quando estudamos em Direito penal o assunto concurso de pessoas, o que importa é considerar não o concurso necessário, sim, o eventual. O concurso eventual de pessoas, em Direito penal, exterioriza-se ou pela co-autoria ou pela participação.

Duas são, portanto, as formas de concurso eventual de pessoas: (a) co-autoria e (b) participação. Mas antes de se entender a co-autoria ou a participação, temos que saber o que se compreende por autoria.

Autor e partícipe: o autor é diferente do partícipe? Sobre o assunto existem várias teorias, que podem ser divididas em dois grupos (COBO DEL ROSAL e VIVES ANTÓN, *Derecho pena-PG*, 4. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 663 e ss.): (a) teorias negativas (que não distinguem o autor do partícipe) e teorias positivas ou restritivas (que distinguem o autor do partícipe).

Entre as teorias negativas destacam-se:

a) a teoria extensiva, que tem fundamento na teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*). Todos que concorrem para o delito são autores. Ela, portanto, não distingue o autor do partícipe. Quem é condição do resultado é autor (von Liszt).

b) a teoria unitária (ou da associação criminal): todos os que concorrem para o delito (todos os *socius sceleris*) são autores, mesmo porque o delito é um fenômeno unitário.

c) a teoria do acordo prévio: o prévio acordo entre todos os participantes é o suficiente para concebê-los como autores, sem se distinguir a contribuição de cada um.

Todas as teorias negativas devem ser refutadas porque nosso Código penal, no art. 29 e seus parágrafos, distinguiu com clareza a autoria da participação. Tais teorias conflitam com o Direito penal pátrio. Desconsideram, ademais, que cada um dos participantes deve ser punido na medida da sua culpabilidade. Permitem, de outro lado, um uso autoritário do Direito penal. Não foi por acaso que o nazismo adotou a teoria unitária. As teorias positivas (ou restritivas), por conseguinte, são as preferidas.

Entre as teorias positivas (também chamadas restritivas) acham-se:

a) as teorias subjetivas: quem atua com *animus auctoris* é autor; diferentemente, quem age com *animus socii* é partícipe. Importa para a distinção o aspecto subjetivo do agente. O problema dessa teoria é que para a distinção entre autor e partícipe temos que levar em conta obrigatoriamente também requisitos objetivos (efetiva contribuição) e valorativos.

b) as teorias mistas (subjetivas e objetivas): admitem a distinção entre autor e partícipe conforme cada caso, ora preponderando o critério objetivo (realização do injusto penal), ora o subjetivo (conforme a reprovabilidade do agente). Essa combinação de critérios não pode ser aceita porque conduz a uma aplicação insegura do Direito penal.

c) as teorias objetivas formais: dizem que autor é quem realiza o verbo núcleo do tipo; partícipe é quem contribui de outra maneira para o delito.

d) as teorias objetivas materiais: levam em conta a efetiva contribuição do agente para o resultado final. O que importa é a magnitude e importância da conduta de cada participação.

O problema das teorias objetivas é que não explicam, por exemplo, a autoria mediata (na qual o autor mediato não realiza o

verbo núcleo do tipo nem concretiza materialmente a realização do fato, porque se serve de terceira pessoa para isso).

Esse problema viria a encontrar solução com a denominada **teoria do domínio do fato**, que foi formulada em primeiro lugar por Welzel (é autor quem tem o domínio final do fato). Essa doutrina se corresponde com a concepção subjetiva ou pessoal do injusto, que acabou sendo refutada por grande parte da doutrina. A antijuridicidade, como se sabe, é objetiva.

Quem aprimorou e delimitou de maneira vantajosa o conteúdo da teoria do domínio do fato foi Roxin (*Sobre la autoría y participación en Derecho penal, em Problemas actuales de las ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1970, p. 60 e ss). A partir da sua doutrina admite-se como autor: (a) quem tem o domínio da própria ação típica; (b) quem domina a vontade de outra pessoa; (c) quem tem o domínio funcional do fato (casos de co-autoria).

Hoje é bastante aceita a doutrina do domínio do fato, que é

restritiva porque distingue com clareza o autor do partícipe. Autor é quem domina a realização do fato, quem tem poder sobre ele (de controlar, de fazer cessar, etc.) bem como quem tem poder sobre a vontade alheia; partícipe é quem não domina a realização do fato, mas contribui de qualquer modo para ele.

Nossa posição: a teoria do domínio do fato é a mais adequada. Ela é compatível, ademais, com o nosso CP (art. 29, que distingue claramente a autoria da participação).

Autor, dessa forma, em Direito penal, é quem (1) realiza o verbo núcleo do tipo; (2) quem tem o domínio organizacional da ação típica (quem organiza, quem planeja etc.); (3) quem participa funcionalmente da execução do crime mesmo sem realizar o verbo núcleo do tipo (por exemplo: quem segura a vítima para que o executor venha a matá-la, ou, ainda, (4) quem tem o domínio da vontade de outras pessoas (isso é o que ocorre na autoria mediata). O conceito de autor, agora, depois da teoria do domínio do fato, resultou bastante ampliado.

3.4.2 Medida de Segurança: limite entre punição e prevenção

Alessandra Cristina Santos Mendes

Técnica em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

A medida de segurança sempre esteve inserida no limbo do direito penal brasileiro, em decorrência de alguns aspectos legais referentes a sua execução, duração e revogação.

Segundo se depreende do §1º do artigo 97 do Código Penal Brasileiro: “A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade. O prazo mínimo será de 1 (um) a 3 (três) anos”.

O teor do artigo é claro no sentido de fixar apenas o prazo mínimo de duração da medida de segurança – um a três anos –, deixando em aberto o prazo máximo, o que sugere que a medida de segurança pode ter caráter perpétuo, dependendo da cessação da periculosidade constatada em exame pericial.

O entendimento predominante da doutrina e jurisprudência brasileira é no sentido da manutenção da medida de segurança enquanto não cessar a periculosidade, podendo mesmo chegar a ser perpétua, senão vejamos:

O insigne jurista **Guilherme de Souza Nucci** preconiza que

além da medida de segurança não ser pena, deve-se fazer uma interpretação restritiva do artigo 75 do Código Penal, muitas vezes fonte de injustiças (...). Ademais, apesar de seu caráter de sanção penal, a medida de segurança não deixa de ter o propósito curativo e terapêutico. Ora, enquanto não for

devidamente curado, deve o sujeito submetido à internação permanecer em tratamento, sob custódia do Estado.¹

Nesse mesmo diapasão, a jurisprudência do TJSP: “O prazo máximo de 30 anos para o cumprimento da pena prevista constitucionalmente não se aplica a medida de segurança, pois a internação pode prolongar-se indefinidamente se não constatada a cessação da periculosidade do agente” (RT 763/553).²

Apesar dos argumentos acima transcritos, pensamos que melhor razão assiste ao mestre **Luiz Flávio Gomes** que ensina:

Seguindo o pensamento de Munõz Conde urge enfatizar que a finalidade preventiva conferida às medidas de segurança tem que ser limitada de algum modo, ‘se não se quer fazer do enfermo mental delinqüente um sujeito de pior condição que o mentalmente são que comete o mesmo delito’. Este limite vem representado pelo princípio da intervenção mínima, pelo princípio da proporcionalidade, pelo da legalidade e da judicialidade. E, ainda, pode-se acrescentar o princípio da igualdade, o de humanidade, e, sobretudo, os decorrentes do Estado de Direito....³

Parece-nos que a norma que considera indeterminado o tempo de duração da medida de segurança, validando sua perpetuidade, encontra óbice intransponível na Carta Constitucional pátria. É incontestável que a internação tem caráter punitivo, de privação da liberdade e, nesse sentido, em nada se diferencia da pena criminal aplicada aos imputáveis. Ademais, em ambos

os casos, o direito de ir e vir é tolhido. Logo, ainda que o texto constitucional não seja expresso em relação às medidas de segurança, aplica-se também a elas a norma segundo a qual não haverá sanção penal de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b).

Se todos são iguais perante a lei, não há razão para os inimputáveis receberem tratamento legal mais rígido. Até porque, a realidade dos hospitais de custódia, onde são aplicadas as medidas de segurança, é bem diferente da descrita na norma *in abstracto*, deixando esses indivíduos relegados ao esquecimento e expostos às vicissitudes do Estado.⁴

Assim, afigura-nos mais correto aplicar às medidas de segurança o prazo máximo da pena cominada ao tipo penal em que o agente incidiu e, se for realizado o exame constatando a

cessação da periculosidade ou expirado o prazo máximo de duração da medida de segurança, cabe ao juiz revogá-la, expedindo-se ordem de desinternação ou a liberação do sentenciado.

É mister conjugar a realidade do tratamento oferecido pelo Estado aos inimputáveis com a natureza preventiva da medida de segurança, pois, na maioria das vezes, a possibilidade de melhora ou cura do doente mental é inversamente proporcional ao tempo de permanência nas instituições de tratamento hospitalar e ambulatorial.

Portanto, resta aos estudiosos e aplicadores do direito repensar e reformular a figura jurídica da medida de segurança, devolvendo aos cidadãos a ela submetidos o direito de igualdade perante a lei.

NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

¹NUCCI, Guilherme de Souza. “Código Penal Comentado”. Ed. Revista dos Tribunais. 2ª ed. São Paulo, 2002.

²MIRABETE, Júlio Fabbrini. “Código Penal Interpretado”. Ed. Atlas. 5ª ed. São Paulo, 2005.

³GOMES, Luiz Flávio. “Medidas de segurança e seus limites”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 2, p. 66, abr/jun, 1993.

⁴GRECO, Rogério. “Curso de Direito Penal”, Parte Geral, vol. I, Impetus. Rio de Janeiro, 2006.

3.4.3 A participação da vítima no crime ¹

Virgínia Márcia Nepomuceno Chaves

Graduada em Engenharia Civil pela UFMG, bacharel em Direito pela PUC Minas, oficiala do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.



Virgínia M. N. Chaves

Necessário se faz analisar o comportamento e a participação da vítima em alguns crimes, de forma mais realista e menos paternalista, trazendo à tona a vítima inserida em um contexto de interação com o criminoso. Percebe-se, de chofre, que o tema em questão é complexo e polêmico.

Desse modo, em que pese à existência, e não tão rara, de vítimas inocentes, não culpadas, em que se revela a normal boa-fé, direcionar-se-ão os holofotes do presente artigo, principalmente, para as vítimas que contribuem de forma eficaz para a ocorrência do delito. Propugna-se que se deve fazer uma diferenciação quanto à punibilidade do agente no que diz respeito a essas duas tipologias de vítimas.

Hoje em dia não há estudar seriamente o direito penal analisando-se apenas o fato e o criminoso. O estudo da vítima em alguns casos é tão importante quanto o estudo acerca do criminoso, porque, muitas vezes, a vítima, por si só, é a verdadeira causa criminógena. Mas ainda quando não o seja, a vítima

desempenha no contexto do crime um papel que não pode ser esquecido, justamente por participar, de alguma forma, da relação criminosa.

Nesse contexto, insere-se a vitimodogmática, que estuda a contribuição do comportamento da vítima no delito e a repercussão dessa participação na fixação da pena do autor, constituindo campo de pesquisa fundamental à busca de soluções mais justas, no que tange à aplicação mais racional da pena.

No tocante à aplicação da pena, no artigo 59 do CP, o **comportamento da vítima** foi inserido como um dos critérios determinantes na fixação da pena que o juiz deverá obrigatoriamente examinar em sua tarefa individualizadora. Dessa forma, quando a vítima instiga, provoca, desafia ou facilita a conduta delitiva do agente, diz-se que a oitava circunstância judicial está favorável ao réu. Tais comportamentos da vítima, embora não justifiquem o crime, diminuem a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, culminando a uma censura penal mais branda do que a que lhe caberia nos casos de ausência total de provocação da vítima.

A inclusão do comportamento da vítima como circunstância judicial, embora tímida, vem reafirmar a crescente impor-

tância da vitimodogmática no Direito Penal atual. A timidez do dispositivo, explica-se, existe na medida em que se estabelece tão somente a possibilidade de diminuição da pena-base, quando quiçá, adotando-se institutos como o consentimento da vítima, pudesse prever a exclusão do tipo ou da ilicitude.

Nesse momento, oportuno trazer à baila a questão do **consentimento da vítima**, um dos institutos mais intrigantes do Direito Penal. A matéria não ganhou tanta ênfase e desenvolvimento no direito penal pátrio pelo fato de não ser regulada ainda por um princípio geral.

Não há estudar a participação da vítima no crime, sem analisar o consentimento dela. O consentimento da vítima é uma forma de expressão de sua vontade ao autorizar ao agente a praticar o fato delituoso.

Manuel da Costa Andrade² explica que

a teoria do consentimento traz uma certa inquietação na dogmática penal, na medida em que representa um estigma de “corpo estranho” ao sistema das causas de justificação. Mas, em que pese esta insegurança, referida teoria vem atualmente assumindo enorme importância dogmática, por influência da criminologia, com os chamados “crimes precipitados pela vítima”.

O consentimento³ tem sido uma questão discutida no Direito Penal muito antes do surgimento da vitimologia e reside na liberdade dos cidadãos, na autonomia pessoal do indivíduo enquanto pedra angular de todo sistema democrático e de direitos humanos fundamentais.

Assim, uma pessoa capaz, por intermédio do consenso, transforma um ato, de outra forma criminoso, em um fato indiferente à lei penal. Afinal, os direitos pertencem aos cidadãos e, portanto, eles têm sua disponibilidade. Isso é inegável.

No direito penal, pode-se concluir que quando há consenso, não há que se falar em crime, colocando-se verdadeira barreira para a aplicação da lei penal. O consentimento retira o aspecto penal do fato.

Logicamente que o consentimento não pode ser feito de uma forma simplista e depende da análise de cada caso concreto. Vários elementos devem ser analisados para que o consentimento seja válido, como a ausência de qualquer vício de vontade (como o erro, fraude e coação), a capacidade para consentir e a disponibilidade do bem jurídico.

De fato, o consentimento somente será juridicamente eficaz em se tratando de bens jurídicos individuais, e, portanto, os bens coletivos não serão passíveis de disponibilidade, visto que o interesse protegido, neste caso, pertence a toda coletividade.

Quanto aos efeitos, o consentimento da vítima, pode funcionar como causa de exclusão da *ilicitude* ou da *tipicidade*.

Nos casos em que o dissenso da vítima não se encontrar descrito como elementar do crime, o consentimento do titular

do bem jurídico deve ser considerado como causa supralegal de exclusão de ilicitude, uma vez que o Código Penal pátrio não inclui o consentimento no rol de excludentes de ilicitude, elencadas no artigo 23, *caput*.

Por outro lado, quando a figura típica contém a falta de consentimento da vítima como elemento da definição legal do crime, o consenso funciona como causa da exclusão da tipicidade, tornando o fato atípico, por absoluta impossibilidade de adequação da conduta à figura mencionada. É o que a doutrina denomina “acordo”.

São exemplos de crimes no Código Penal em que o acordo faz desaparecer a tipicidade do fato, entre outros: violação de domicílio, violação de correspondência, divulgação de segredo, furto, apropriação indébita.

Há que se ater para o fato que a não-concordância do detentor fático da coisa é essencial para a adequação da conduta ao tipo penal, embora não esteja expressamente no tipo, mas subentendida, como nos casos dos delitos de furto, apropriação indébita e nos crimes contra a honra. Nesses casos, comungase com o entendimento que, caso haja manifestação de acordo, será mais acertado do ponto de vista político-criminal, excluir a tipicidade e não a ilicitude.

Verifica-se que, tanto o acordo que exclui o tipo quanto o consentimento que justifica o ilícito, são formas impeditivas de punibilidade. Em ambos os casos parte-se sempre da autonomia pessoal e liberdade de ação, como valor constitucional de uma sociedade que valora a liberdade de decisão do portador do bem jurídico. Desse modo, o consentimento da vítima há que ser levado em consideração e exame pelos operadores jurídicos.

Percebe-se que a influência da conduta da vítima está presente em praticamente todos os delitos, fazendo com que a vítima sempre tenha qualquer possibilidade fática de provocar ou facilitar a conduta do agente. Vale salientar que, talvez em nenhum outro crime, a participação da vítima mereça tanto um cauteloso exame como na **torpeza bilateral**, no qual a suposta vítima contribui significativamente para a ocorrência do delito. São os denominados “contos-do-vigário”⁴, em que a vítima, também se utilizando de má-fé, desonestidade, do afã de lucro, é totalmente solidária com o agente, suas finalidades se complementam. Pode-se afirmar que a torpeza bilateral é o estelionato em mão dupla, em que vítima e autor revelam interesses homogêneos e até mesmo harmônicos nas relações que conduzem ao delito, havendo uma complexa interação entre eles.

Concorda-se, baseado no entendimento de Néelson Hungria⁵, que não há crime a ser punido, nos casos de fraude bilateral, em face dos motivos ilícitos e imorais que ensejaram o negócio, pois somente goza de proteção legal o patrimônio que serve a um fim legítimo, conforme o artigo 883 do Código Civil. Conforme esse artigo, o fim ilícito, imoral ou proibido por lei faz desaparecer o direito à restituição. Se no âmbito civil, com o intuito de obter fim ilícito, a pessoa lesada não tem o direito ao ressarcimento do dano sofrido ou à restituição da coisa que lhe foi captada,

então, na esfera penal esse mesmo dano não pode ser levado em conta, ou, em outros termos, o direito penal não pode proteger aquilo que o direito civil declara indigno de proteção. No caso da torpeza bilateral, o patrimônio deixa de ser considerado um interesse jurídico, visto que a lesão patrimonial não é apenas o dano material, mas também o dano jurídico.

Nesse contexto, não há estelionato visto que o dano patrimonial sofrido por uma das partes não é ressarcível, não é reparável.

Essa linha de raciocínio vitimodogmática sugere que o legislador teria sido mais justo se houvesse incluído um parágrafo no artigo referente ao delito de estelionato mencionando que na hipótese de reconhecida torpeza bilateral, viesse a ocorrer a

exclusão da tipicidade.

À guisa de conclusão, imperioso obter que, lamentavelmente, a legislação penal brasileira ainda não tem um grande enfoque vitimodogmático para a exata compreensão do fenômeno da criminalidade. Assim, torna-se imprescindível, para um direito penal mais justo e humano, que os operadores jurídicos levem em consideração todas as partes envolvidas no conflito penal, não se esquecendo a importante participação da vítima na arquitetura do delito. Deve-se examinar cuidadosamente a ação da vítima, seu comportamento, seu desígnio por vezes imoral. Não há conceber juristas alheios à realidade, meros manipuladores teóricos de fatos e leis, envolvidos num dogmatismo cego e infundado.

Talvez esse seja um passo inicial de uma grande jornada a ser percorrida a fim de legitimar o sistema penal.

Notas e referências bibliográficas:

- 1 Este sintético artigo faz parte da monografia intitulada “Reflexões a respeito da participação da vítima no crime e seus efeitos no ordenamento jurídico”, apresentada a Banca de Graduação do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, campus Poços de Caldas, tendo como orientador Dr. Tadeu Antônio Dix Silva, defendida em 21/06/06, sendo-lhe atribuída a nota máxima.
- 2 ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.11.
- 3 RAMÍREZ, Juan Bustos. **Victimología: presente y futuro**. Barcelona: PPU, 1993, p.29/30 (nota 14)
- 4 Hodiernamente eles se multiplicam a cada instante: conto do bilhete premiado, conto do sabão, conto da máquina de fazer dinheiro, conto do paco, conto da guitarra, entre outros. A roupagem se modifica, são imprimidas novas nuances, mas o fim almejado continua sempre o mesmo: o aproveitamento pelo agente de um desígnio criminoso da vítima.
- 5 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. VII. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.191.

3.4.4 Breve análise da evolução teórica do conceito de culpabilidade

Juliana Caetano de Paula

Técnica em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

A teoria do delito brasileira sofreu influência acentuada da doutrina alemã, como se verificará a seguir por meio da evolução teórica do conceito de culpabilidade. Deve-se atentar que o conceito de culpabilidade foi sendo alterado com o decurso do tempo, em razão das modificações no conceito de tipicidade e ilicitude.

Iniciemos nossa análise com a teoria causal clássica, em que a tipicidade e a ilicitude são formais, configurando um injusto formal. A culpabilidade é psicológica, sendo o vínculo psíquico que liga o autor ao fato. Atente-se que imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, enquanto dolo e culpa são suas espécies.

O conceito psicológico de culpabilidade recebeu críticas por não abarcar em sua definição a culpa inconsciente. Ademais, não conseguiu explicar algumas causas de exculpação, nas quais faltava culpabilidade ao autor, apesar de concorrer o nexo psicológico entre o fato e a vontade manifestada do agente.

Na teoria neoclássica do delito ou metodologia neokantista, o injusto é normativo. A culpabilidade é psicológica nor-

mativa, configurando-se no juízo de reprovação que se faz ao autor do fato pela realização de um injusto penal quando lhe era exigível conduta diversa. Nesse momento, a imputabilidade é capacidade da culpabilidade, enquanto o dolo e a culpa são seus elementos. A culpabilidade é integrada por um novo elemento, que é a exigibilidade de conduta diversa.

No que tange ao tratamento dos erros essenciais no neokantismo, surgiram três teorias. A primeira delas denominada teoria extremada do dolo, em que os erros de fato ou de direito se inevitáveis excluem o dolo, a culpa e, por consequência a culpabilidade, isentando o agente de pena; sendo que os erros evitáveis excluem o dolo, mas permitem a punição do agente por culpa, se houver previsão legal. Já a teoria limitada do dolo, elaborada por Mezger, determina que as pessoas que agem em cegueira jurídica, que são aquelas que possuem uma conduta social reprovável, sempre incorrem em erro de direito evitável. Portanto, o agente sempre seria punido a título de dolo. Por fim, a teoria modificada do dolo alterou a teoria limitada do dolo, ampliando a punição a título doloso em que a pena pode ser reduzida, para todas as hipóteses em que o erro do agente seja vencível, e não apenas nos casos em que o autor do fato atua em

cegueira jurídica.

Importante ressaltar, ainda, que a teoria neoclássica não provocou alterações estruturais relevantes estabelecidas pela teoria clássica. O finalismo, por sua vez, desenvolvido por Welzel, ocasionou uma revisão geral do sistema e da estrutura do conceito de delito.

Para a teoria finalista, o injusto é pessoal e a culpabilidade é normativa pura. A culpabilidade recebeu tal denominação porque houve o deslocamento do dolo natural e da previsibilidade objetiva para o tipo penal. A culpabilidade é o juízo de censurabilidade pessoal que se faz ao autor do fato pela prática de um injusto penal, quando lhe era exigível conduta diversa. Portanto, a culpabilidade é integrada pela imputabilidade, pela potencial consciência da ilicitude ou previsibilidade subjetiva e pela exigibilidade de conduta diversa.

O finalismo deu origem às chamadas teorias da culpabilidade em relação aos erros sobre as causas de justificação. A primeira delas é a teoria estrita ou extremada da culpabilidade, elaborada por Welzel, que considera que o erro sobre a existência, os limites e os pressupostos de uma causa de justificação é sempre erro de proibição. Dessa forma, se o erro for inevitável, isenta o agente de pena; se o erro for evitável, pune-se o agente por dolo com a pena reduzida. Ocorre que esta teoria, em determinadas situações concretas, foi extremamente injusta. Por isso, elaborou-se a teoria limitada da culpabilidade.

De acordo com a teoria limitada da culpabilidade, o erro de proibição mantém-se para as hipóteses de erro sobre os limites e sobre a existência de uma causa de justificação. Já quanto ao erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, este será erro de tipo. Logo, se o erro for inevitável, exclui-se o dolo e a culpa, sendo o fato atípico; se o erro for evitável, exclui-se o dolo, sendo o agente punido a título de culpa, se houver previsão legal. Verifica-se que a teoria limitada da culpabilidade flexibilizou o sistema punitivo, a fim de se obter uma solução justa para o caso concreto, sendo que a maioria da doutrina en-

tende que foi a teoria adotada pelo Código Penal em seu art. 20, §1º. Ademais, fundamentam tal posicionamento com o item 17 da Exposição de Motivos do Código Penal, que expressamente aduz que “no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade” [...] (“Culpabilidade e problemática do erro jurídico penal”, de Francisco de Assis Toledo, in RT 517/251).”

Quanto à teoria social da ação, o injusto é social. A culpabilidade é complexa normativa psicológica, em que se reprova o fato levando-se em consideração o desvalor da atitude interna do agente quando lhe era exigível conduta diversa. Dessa teoria resulta a dupla posição do dolo e da culpa, pois estes, além de integrarem o tipo, são importantes para a censura da culpabilidade.

Destaque-se que, com base na teoria social da ação, foi elaborada a teoria da culpabilidade que remete a conseqüências jurídicas, em que o erro de tipo permissivo é *sui generis*, uma vez que é um misto de erro de tipo e erro de proibição. Isso porque o erro de tipo permissivo não exclui o dolo do tipo, mas afasta a culpabilidade dolosa. Essa teoria, segundo seus defensores, entre eles Luiz Flávio Gomes e Cezar Roberto Bitencourt, adequa-se perfeitamente à previsão legislativa do art. 20, § 1º, do CP, visto que o parágrafo primeiro estabelece que o agente é isento de pena.

Em relação ao funcionalismo teleológico de Claus Roxin, a culpabilidade é funcional, em que o conceito de reprovabilidade é redefinido como responsabilidade, fundamentando-se no critério de normalidade. Dessa forma, para que o agente seja punido, é necessário analisar se existem razões de prevenção que justifiquem a imposição de uma pena, ou seja, necessidade de aplicação da pena.

Por fim, o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs define e mede a culpabilidade segundo as necessidades preventivas gerais, sintetizando ser a culpabilidade uma falta de fidelidade ao direito manifestada na conduta antijurídica.

Referências Bibliográficas:

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal - Parte geral*, v 1, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
GOMES, Luiz Flávio. *Erro de tipo e erro de proibição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
GRECO, Rogério. *Curso de direito penal - Parte geral*, v 1, 5.ed. Niterói: Impetus, 2005.
PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte Geral*, v 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

3.4.5 A inconstitucionalidade da criminalização da pirataria

Túlio Vianna

Professor da PUC Minas

Doutor em Direito pela UFPR

Editor do site www.tuliovianna.org



Túlio Vianna

A violação de direitos autorais, vulgarmente conhecida como pirataria, está criminalizada em nosso ordenamento jurídico nos art. 184 do Código Penal e art. 12 da Lei nº 9.609/98, tipificando a vaga conduta de “violiar direito de autor”. A doutrina nacional indica os “direitos autorais” como bem jurídico penalmente tutelado por este delito. Estes, por sua vez, são considerados tão-somente uma espécie do gênero “propriedade intelectual”. Trata-se,

pois, de um tipo penal vago, fundamentado em um bem jurídico indeterminado. É uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da taxatividade, pois reúne sob o rótulo de “propriedade intelectual” uma gama de interesses tão diversos quanto: o direito de atribuição de autoria, o direito de assegurar a integridade da obra (ou de modificá-la), o direito de conservar a obra inédita, entre outros direitos morais, e os direitos de edição, reprodução (*copyright*) e outros patrimoniais. Trata-se, portanto, de um tipo penal complexo que tutela não um, mas inúmeros bens jurídicos de natureza moral e patrimonial, agrupados sob a ideologia da “propriedade intelectual”.

Pela própria função de garantia do tipo penal, a decomposição do hipotético bem jurídico “propriedade intelectual” (ou “direitos autorais”) em suas unidades mínimas tem conseqüências importantíssimas. Se é certo o interesse jurídico na tutela penal dos direitos morais do autor, a tutela penal dos direitos patrimoniais é bastante controversa.

A decomposição do bem jurídico “propriedade intelectual” ou “direitos autorais” demonstra que há não só uma tutela de interesses diversos (morais e patrimoniais), mas de interesses de pessoas diversas: autor e “indústria cultural”. Se o interesse patrimonial do autor é vender seu “trabalho intelectual” ao proprietário dos meios de produção, que irá consubstanciá-lo em meio físico e comercializá-lo, o interesse da “indústria cultural” é manter um monopólio do mercado que lhe garantirá a maximização dos lucros.

A tutela penal da “violação de direitos de autor” tal como é concebida hoje tutela ao menos três bens jurídicos absolutamente diversos: a) os direitos morais do autor; b) o direito do autor à remuneração pelo trabalho intelectual explorado pelos detentores dos meios de produção e c) *mirabile dictu*, o direito de monopólio de mercado dos proprietários dos meios de produção.

Quanto aos direitos morais do autor, por se tratarem de direitos personalíssimos, que abarcam interesses públicos

e privados, é bastante justificável a tutela penal. Em relação aos direitos patrimoniais, porém, sua natureza eminentemente civil afasta qualquer interesse público na tutela penal, seja dos interesses dos autores em receberem uma remuneração por seu trabalho, seja dos interesses das empresas de manterem seu monopólio comercial.

A pirataria em meio físico atinge os interesses do autor, que tem seu “trabalho intelectual” comercialmente explorado sem a correspondente remuneração pelo proprietário dos meios de produção. Trata-se, no entanto, de uma dívida civil, jamais de ilícito penal.

Se o legislador *ab absurdo* criasse uma lei tipificando a conduta: “deixar de pagar aluguel”, ninguém teria dúvidas em afirmar a absoluta inconstitucionalidade da norma. Se assim é em relação à tutela da propriedade material, razão alguma haveria para se proteger com maior ênfase uma abstrata “propriedade intelectual” que, nesse aspecto, tutela o direito do autor a receber a remuneração por seu trabalho intelectual, explorado comercialmente por um proprietário dos meios de produção.

Deixar de receber uma renda ou salário, ainda que se trate de descumprimento de obrigação civil, jamais pode ser equiparado a uma lesão patrimonial semelhante ao crime de furto. No delito de furto há um decréscimo patrimonial; na violação de direitos autorais, o autor deixa de ter um acréscimo em seu patrimônio. No furto, há ofensa a um direito real; na violação de direitos autorais, a um direito obrigacional. Naquele temos uma vítima; neste, um credor.

A produção de obras intelectuais em meio físico que não foi autorizada pelo autor é, portanto, tão-somente um descumprimento de obrigação civil. Dada a sua natureza eminentemente privada e seu caráter exclusivamente pecuniário, sua criminalização afronta não só o princípio da intervenção penal mínima, mas também a vedação constitucional às prisões por dívidas.

A criminalização da pirataria digital tem como única função garantir à “indústria cultural” o monopólio do direito de reprodução da obra (*copyright*), mesmo contrariando os interesses do autor na maior divulgação possível de seu trabalho intelectual. O Direito Penal é travestido, pois, em instrumento de regulação do mercado econômico, garantindo um monopólio de direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção.

Se o Estado brasileiro mantém seu contestável interesse na concessão deste monopólio do direito de reprodução aos proprietários dos meios de produção, deve limitar-se a garanti-lo por

meio de sanções cíveis, tais como aquelas previstas no Título VII da Lei nº 9.610/98. A tutela penal desse monopólio viola não só o

princípio da intervenção mínima, mas também e, principalmente, a vedação constitucional à prisão por dívidas.

3.4.6 O fenômeno *bullying*: breves considerações criminológicas sobre sua possível relação com algumas práticas da delinquência juvenil

Lélio Braga Calhau

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha).

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho (RJ).

Editor do site Revista de Direito Penal (www.novacriminologia.com.br)

Professor de Direito Penal da Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE).

Conselheiro do ICP – Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais.

Autor do livro “Resumo de Criminologia”, Impetus, RJ, 2006.

A Criminologia é a ciência que estuda o fenômeno criminal e, em resumo, busca o seu diagnóstico, prevenção e seu controle. Para tanto, ela utiliza uma abordagem interdisciplinar e se vale de conhecimento específico de outros setores como a sociologia, psicologia, biologia, psiquiatria etc, para lançar um novo foco, com a busca de uma visão integrada sobre o fenômeno criminal.

A Criminologia busca mais que a multidisciplinaridade. Esta ocorre quando os saberes parciais trabalham lado a lado em distintas visões sobre um determinado problema. Já a interdisciplinaridade existe quando os saberes parciais se integram e cooperam entre si. Fazendo um paralelo com o marketing, a multidisciplinaridade busca agradar ao cliente, e a interdisciplinaridade quer encantar o cliente. Vê-se que a visão interdisciplinar é mais profunda que a abordagem multidisciplinar¹.

Toda vez que a Criminologia tentou identificar um fator isolado como causador da criminalidade, ela cometeu um grande erro. Hoje o que sabemos é que a criminalidade tem inúmeras motivações e fatores (uns internos e outros externos), e que, de uma forma ou outra, concorrem para a prática de delitos.

A questão da infância e da juventude é ponto fulcral para compreendermos alguns dos (inúmeros) fatores que podem influenciar efetivamente a prática dos delitos. O que ocorre em nossa infância vai refletir em nossa vida adulta. A Criminologia tem buscado na Psicologia² entender como esses fatores influenciam o ser humano em desenvolvimento, propiciando situações que o predisponham ao envolvimento futuro com crimes, em especial, os praticados com violência ou grave ameaça.

Mas o que o fenômeno *bullying* pode ter com relação direta à violência e a criminalidade no Brasil? Pouco estudado ainda no Brasil e quase que totalmente desconhecido pela comunidade jurídica, o *bullying* começa a ganhar espaço nos estudos desenvolvidos por pedagogos e psicólogos que lidam com o meio escolar.

Segundo Cleo Fante, o *bullying* é uma palavra de origem inglesa, adotada em muitos países para definir o desejo consciente e deliberado de maltratar uma outra pessoa e colocá-la sob tensão. O termo conceitua os comportamentos agressivos e anti-sociais, é utilizado pela literatura psicológica anglo-saxônica nos estudos sobre a violência escolar³. Não se trata aqui de pequenas brincadeiras próprias da infância, mas de casos de violência - em muitos casos de forma velada - praticadas por agressores contra vítimas. Elas podem ocorrer dentro de salas de aulas, corredores, pátios de escolas ou até nos arredores. Elas são, na maioria das vezes, realizadas de forma repetitiva e com desequilíbrio de poder. Essas agressões morais ou até físicas podem causar danos psicológicos para a criança e o adolescente facilitando posteriormente a entrada deles no mundo do crime.

Para a Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA), por não existir uma palavra na língua portuguesa capaz de expressar todas as situações de *bullying*, as ações que podem estar presentes no *bullying* são: colocar apelidos, ofender, zoar, gozar, encarnar, sacanear, humilhar, fazer sofrer, discriminar, excluir, isolar, ignorar, intimidar, perseguir, assediar, aterrorizar, amedrontar, tyrannizar, dominar, agredir, bater, chutar, empurrar, ferir, roubar quebrar pertences⁴.

É comum entre os alunos de uma classe a existência de diversos conflitos e tensões. Há ainda inúmeras outras interações agressivas, às vezes como diversão ou como forma de auto-afirmação ou para se comprovarem as relações de força que os alunos estabelecem entre si. Caso exista na classe um agressor em potencial ou vários deles, seu comportamento agressivo influenciará nas atividades dos alunos, promovendo interações ásperas, veementes e violentas. Devido ao temperamento irritadiço do agressor e à sua acentuada necessidade de ameaçar, dominar e subjugar os outros de forma impositiva pelo uso da força, as adversidades e as frustrações menores que surgem acabam por provocar reações intensas. Às vezes, essas reações assumem caráter agressivo em razão da tendência do agressor a empregar

meios violentos nas situações de conflitos. Em virtude de sua força física, seus ataques violentos mostram-se desagradáveis e dolorosos para os demais. Geralmente o agressor prefere atacar os mais frágeis, pois tem certeza de dominá-los, porém não teme brigar com outros alunos da classe: sente-se forte e confiante⁵.

Quanto aos demais alunos, acabam se tornando testemunhas, vítimas e co-agressores dessa cruel dinâmica. Se não participarem do *bullying*, podem ser as próximas vítimas. Não denunciam e se acostumam com essa prática violenta, podendo até encará-la como normal dentro do ambiente escolar (e um dia até no ambiente de trabalho). O *bullying* acaba criando um ciclo vicioso, arrastando os envolvidos cada vez mais para o seu centro.

O sofrimento emocional e moral (até físico eventualmente) da vítima é claro. É comum que ela mantenha a lei do silêncio, pois, na maioria das vezes, as agressões são apenas morais e não deixam vestígios. O fenômeno *bullying*, apesar de ser antigo, deve ocorrer com mais regularidade do que imaginamos. Será que um conselheiro tutelar, um assistente social, membro do Ministério Público ou Poder Judiciário saberá lidar de forma efetiva e adequada com essa situação? Estamos preparados para dar uma resposta efetiva para reduzir o *bullying*?

O fenômeno *bullying* estimula a delinquência e induz a outras formas de violência explícita, produzindo, em larga escala, cidadãos estressados, deprimidos, com baixa auto-estima, capacidade de auto-aceitação e resistência à frustração, reduzida capacidade de auto-afirmação e de auto-expressão, além de propiciar o desenvolvimento de sintomatologias de estresse, de doenças psicossomáticas, de transtornos mentais e de psicopatologias graves. Tem, como agravante também, interferência drástica no processo de aprendizagem e de socialização, que estende suas consequências para o resto da vida podendo chegar a um desfecho trágico⁶. Em situações de ataques mais violentos, contínuos e que causem graves danos emocionais, a vítima pode até cometer suicídio ou praticar atos de extrema violência.

O profissional do Direito (juiz de direito, promotor de justiça, advogado ou delegado de polícia), ao se deparar com um problema de *bullying*, deve estar aberto a todas alternativas possíveis que possam ser colocadas para a solução do problema. Não

é o princípio de autoridade por si só que poderá acabar com essas ocorrências num determinado ambiente escolar. Mente aberta para todas as possibilidades de solução do conflito e interação com os alunos do meio escolar. Sem a participação efetiva dos estudantes na reconstrução da situação problemática, a resposta pode ser temporária e não resolver o problema das vítimas. Um estímulo imposto pelo meio externo tende a não ser aceito pelos estudantes em médio prazo.

Para romper aos poucos com o ciclo vicioso, cada parte deve examinar sua própria contribuição involuntária para o padrão e fazer algo diferente que tenha mais chances de reduzir o problema exteriorizado. É necessário que abandonem essa postura de culpar uma à outra e caminhem em direção a uma compreensão mais profunda do problema que há entre elas⁷. Há necessidade de se tratar com a direção da escola a capacitação dos funcionários e professores para lidar com o tema e buscar o máximo possível manter um diálogo aberto e franco com as crianças e adolescentes envolvidos, com o intuito de se procurar uma solução que seja aceita pelo grupo e que seja internalizada e duradoura para aquele ambiente escolar.

É preciso buscar um diagnóstico do *bullying* naquela realidade escolar local. O esclarecimento pode, em muitos casos, facilitar o controle dessas situações. Para que isso possa ser conseguido é necessário que haja um diálogo franco entre os envolvidos. Isso evitará que eles tenham uma mensagem da sociedade que os problemas devem ser resolvidos com violência ou com a anulação moral dos mais fracos. Há ainda o problema da formação de grupos até de gangues pela ação do agressor, que podem futuramente partir para a prática de atos de delinquência. A atuação preventiva nesses casos é a melhor saída. Devemos coibir essas práticas e propagar, em vez da violência, a tolerância e a solidariedade. Agindo assim, contribuiremos para reduzir a prática futura de crimes violentos decorrentes das situações de *bullying*.

Esse texto não tem como objetivo esgotar o assunto, mas trazer considerações iniciais sobre um fenômeno corriqueiro e que não recebe o tratamento adequado pelo Poder Público no Brasil. Não seria diferente. Como podemos resolver uma situação se nem sabemos que ela existe? Façamos agora a nossa parte.

Referência bibliográfica:

¹CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de Criminologia**. Rio de Janeiro, Impetus, 2006, p. 10.

²CALHAU, Lélío Braga. **Criminalidade, infância a Psicologia**. Jornal Hoje em Dia, Belo Horizonte, Minas Gerais, 01.12.06, página 02. Também disponível no site www.novacriminologia.com.br

³FANTE, Cleo. **Fenômeno bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz**. Campinas, Verus, 2005, p. 27.

⁴ABRAPIA – Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência. Disponível na Internet: <http://www.bullying.com.br/BConceituacao21.htm#OqueE>

⁵FANTE, Cleo, op. cit, p. 47-48.

⁶PEDRA, José Augusto em prefácio da obra constante na nota 03 de Cleo Fante, p. 9-10.

⁷BEAUDOIN, Marie-Nathalie; TAYLOR, Maureen. **Bullying e desrespeito: como acabar com essa cultura na escola**. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre, Artmed, 2006, p. 82.

3.4.7 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.4.7.1 CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Do giro finalista ao funcionalismo penal: embates de perspectivas dogmáticas decadentes.** Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2004, 103 p.

Na obra, pretende-se demonstrar os conflitos e confusões que envolvem as discussões de Dogmática penal na segunda metade do Século XX, desde o finalismo de Welzel até as propostas funcionalistas de Roxin e Jakobs.

Segundo afirma o autor, “o finalismo e todo o seu edifício teórico é algo, já na própria Alemanha, sepultado”. Acrescenta ainda: “alguns suspiros finalistas ainda se apresentam – mas é inegável que a multiplicidade de propostas para interpretação e

conseqüente operacionalização do Direito Penal não mais pode ser entendidas como de filiação séria ao finalismo”.

Em suma, o livro procura fornecer ao leitor várias ponderações críticas sobre os múltiplos aspectos da dogmática penal ligada à teoria do crime, chegando a concluir a necessidade urgente de se repensarem tais categorias quando se tem em vista a preocupação com a efetiva tutela dos direitos fundamentais.

3.4.7.2 GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal.** Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, 116 p.(Série as ciências criminais no século XXI ; v. 6).

O conteúdo do livro, segundo Luiz Flávio Gomes, consiste na idéia central de sua tese de doutoramento sustentada na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, no dia 1º de fevereiro de 2001.

O estudo do princípio da ofensividade, afirma o autor, está indissociavelmente ligado ao estudo do direito penal no século XXI. Na obra, ele procura demonstrar a sua relevância tanto

como critério político-criminal como guia da interpretação e da aplicação das normas penais, tendo em vista a construção teórica de que não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (princípio do *nullum crimen sine iniuria*).

O fato de a obra ser extremamente didática não afasta o estudo em grau aprofundado e abrangente sobre o princípio da ofensividade.

B) Artigos

3.4.7.3 GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos.** Boletim científico da ESMPU, Brasília, v.2, n.8, p.137-149, jul./set., 2003.

O artigo “Limites do Direito Penal na moderna sociedade de riscos” destaca as mudanças que a sociedade moderna provocou no Direito Penal, o qual se mostrou ineficaz em seu objetivo de ser um instrumento de controle social repressivo, violento, inibidor e eficaz na estabilização de expectativas sociais decorrentes do consenso.

O autor aduz que o Direito Penal deve-se adaptar às novas exigências da sociedade de riscos pois, caso contrário, as expectativas sociais serão solucionadas num prisma exterior aos limites do direito. Hodiernamente, o Estado demonstra incapacidade de transformar as previsões genéricas em meios concretos de coerção, sendo que urge o Direito Penal por uma reestruturação para se tornar mais eficaz.

Ressalta ainda que a imputação objetiva – análise do fato criminoso diante do ordenamento jurídico como um todo - torna-se uma das novas características da moderna dogmática jurídico-penal, sendo instrumento da política criminal e tendo como escopo e limites os fundamentos do Estado Democrático de Direito, sem deixar de apresentar que o sistema jurídico é aberto, suscetível de influências de outras ciências e criador de suas próprias realidades.

Com a leitura do texto elucidativo, verificar-se-á a necessidade de modificação dos preceitos e meios de ação do Direito Penal, que se mostra, na atual conjuntura, limitado diante das mudanças ocorridas nas últimas décadas.

3.4.8 Jurisprudências da área

3.4.8.1 TJMG, 1ª Câmara Criminal. *Nos crimes de tortura, a palavra da vítima adquire especial relevância, inclusive porque tais infrações são praticadas, geralmente, na clandestinidade*

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TORTURA - RECURSOS DEFENSIVOS - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A FUNDAR A CONDENAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DO FATO - NEGATIVA DE AUTORIA - IMPROCEDÊNCIA - LAUDO PERICIAL COMPROVADOR DA EXISTÊNCIA DE LESÕES - PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE, CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. Nos crimes de tortura, que guardam em sua

essência a clandestinidade, máxime quando perpetrados por policiais, a palavra da vítima há de ser vista com especial valoração, especialmente se condizente com prova pericial e depoimento de testemunha que acompanhou seu martírio posterior à violência. Precedentes. (TJMG, 1ª Câmara Criminal, **Apelação Criminal nº 1.0024.01.038678-7/001**, Rel. Des. Márcia Milanez, Rel. do acórdão Des. Sérgio Braga, j. 23.08.2005, 01.09.2005. Voto vencido parcialmente).

3.4.8.2 STJ, 6ª Turma. *Ausência de curador durante o interrogatório não é causa nulidade processual, nos casos anteriores à Lei nº 10.792/2003*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO SEM CURADOR. NULIDADE RELATIVA NÃO PLEITEADA. "NON REFORMATIO IN PEJUS". EFEITOS DA NULIDADE SOMENTE SOBRE OS ATOS DIRETAMENTE DEPENDENTES (ART. 573, §1º, DO CP). RECURSO PROVIDO. 1. Esta Corte já firmou o entendimento de que a ausência do defensor no interrogatório, antes da entrada em vigor da Lei 10.792/03, não constituía nulidade, pois, tratava-se de ato privativo do juiz, não sujeito ao contraditório,

quando restava obstada a intervenção da acusação e da defesa. 2. Em estrita observância, contudo, ao princípio do "non reformatio in pejus", não pode está Corte estender o pedido recursal do órgão acusador, afastando, de ofício, a nulidade reconhecida no objurgado acórdão. 3. Os efeitos da nulidade de um ato somente maculam aos demais diretamente dependentes ou conseqüentes, nos termos do art. 573, § 1º do CPP. 4. Recurso especial provido (STJ, 6ª Turma, REsp 472897/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 26.04.2005, DJ 09.05.2005, p. 484).

3.4.8.3 TJMG, 1ª Câmara Criminal. *Venda de CD's pirata não é considerada crime de bagatela, não se aplicando, portanto, o princípio da insignificância penal, dada a relevância do bem jurídico*

EMENTA: VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - INTUITO DE LUCRO - VENDA DE CD'S PIRATAS - ABSOLUÇÃO MONOCRÁTICA COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - BEM JURÍDICO TUTELADO RELEVANTE - CONDENAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - RECURSO PROVIDO.

(...)

No caso em tela, a aplicação do princípio da bagatela somente iria incentivar a prática de um delito tão comum e ao mesmo tempo tão combatido em nossos dias. A venda de CDs pirateados lesa não só o artista, mas a indústria fonográfica como um todo, causando desemprego, além de representar redução de tributos, resultando, assim, em prejuízo a toda a comunidade.

Ademais, este crime, geralmente, conta com o envolvimento de quadrilhas de estrangeiros ou de imigrantes ilegais, que trazem mercadorias contrabandeadas.

Há de se assinalar ainda que, se insignificante fosse o bem jurídico tutelado, qual seja o direito autoral, não estaria o mesmo inserido na Carta Magna (art. 5º, XXVII), no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Destarte, não configurada a insignificância, não pode o Estado abster-se da aplicação da lei, em virtude do princípio da intervenção mínima do Estado. Sendo típico o fato, deve haver a atuação estatal, no sentido de punir seus autores.

À vista do exposto, julgo procedentes os pedidos contidos na denúncia e condeno os réus como incurso nas sanções do art. 184, § 2º, do CP. (TJMG, 1ª Câmara Criminal, **Apelação Criminal nº 1.0024.00.034645-2/001(1)**, Rel. Des. Edelberto Santiago, j. 09.11. 2004, DJ 17.11.2004).

3.4.8.4 TJMG, 1ª Câmara Criminal. *Concessão de remissão ao menor infrator. Necessidade de oitiva prévia do membro do Ministério Público. Inaplicabilidade do princípio da insignificância em sede de procedimento que apura ato infracional*

EMENTA: ECA - CONCESSÃO DE REMISSÃO PELO JUIZ ANTES DA AUDIÊNCIA E DA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - NULIDADE DA SENTENÇA - RECURSO PROVIDO - A aplicação da remissão pelo juiz pressupõe a realização de audiência de apresentação, com a oitiva do menor infrator e do Ministério Público. À unanimidade, deram provimento e anularam a decisão.

(...)

Ante o exposto, e antes de adentrarmos o mérito do recurso, necessário faz-se traçar algumas considerações.

Duas são as espécies de remissão contempladas pelo ECA: uma, de iniciativa do Promotor de Justiça, antes de iniciado o procedimento para apuração do ato infracional; outra, de iniciativa do Juiz de Direito, uma vez já instaurado o processo.

A primeira espécie é atribuição do Ministério Público, que, sendo o titular da ação sócio-educativa, pode entender que, no caso concreto, a instauração do procedimento não trará benefícios para o menor.

A segunda compete ao Juiz e constitui verdadeira forma de suspensão ou extinção do processo.

Esta remissão, que pode ser concedida pelo magistrado, pressupõe a prévia audiência do menor infrator, uma vez que somente após ouvi-lo é que poderá o Juiz formar sua convicção a respeito da conveniência ou não de conceder o referido benefício.

Da mesma forma, antes de se conceder a remissão, há que se ouvir, previamente, o Ministério Público. É o que exige o art. 186, § 1º, da Lei nº 8.069/90. Assim, nos termos do § 1º do art. 186, depois de ouvir o menor é que o juiz poderá conceder a remissão, se entendê-la adequada, ouvido o Ministério Público.

Como, segundo regra de hermenêutica, a lei não contém disposições inúteis, a conclusão que se tira é a de que a remissão pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença, nos termos do art. 188 do ECA, mas depois da audiência de apresentação.

Aliás, como adverte Wilson Donizeti Liberati, a audiência deve mesmo acontecer para que o magistrado ‘possa aferir as características da personalidade do adolescente, sua situação familiar e social, a extensão e gravidade do ato infracional praticado’. Somente depois da audiência é que ‘o juiz terá condições de formar sua convicção a respeito da medida a ser aplicada. Se entender adequada, poderá aplicar a remissão’” (cf. Alberto Silva Franco e outros in “Leis Penais e Sua Interpretação Jurisprudencial”, Volume 1, Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2001, p. 480).

Na mesma linha de entendimento:

“Nos atos infracionais praticados por adolescentes, a remissão, uma vez oferecida a representação, pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença, mas sempre após a audiência de apresentação, com a oitiva do menor infrator e do Ministério Público” (STJ, Resp, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 02.09.1999, RT 775/572).

Ocorre que, in casu, a remissão se deu pelo fato de a MMª Juíza haver considerado as infrações cometidas pelos representados como sendo de pequena gravidade.

Cumprido salientar que, em se tratando de procedimento relativo a menores, não há como aplicar o princípio da bagatela, de modo a considerar que, por ser o ato infracional de menor potencial ofensivo, o processo deva ser extinto por meio da remissão.

A não-aplicabilidade do princípio da insignificância em sede de medida sócio-educativa prescrita no Estatuto da Criança e do Adolescente se explica pela própria natureza da medida.

(...)

Obstar a apuração de atos considerados infracionais (Estatuto, art. 103) imputados a adolescentes, na realidade, não traz qualquer benefício à sociedade e ao próprio adolescente, cujo comportamento se pretende corrigir mediante a aplicação de medidas adequadas a esse fim.”

Com efeito, não traz qualquer benefício à sociedade e tampouco ao adolescente acusado da prática de conduta infracional desconsiderar a prática do ato pela pretensa insignificância da infrações cometidas, quais sejam, análogas às condutas tipificadas nos arts. 129 do Código Penal e 21 das Leis das Contravenções Penais.

Longe de ser uma punição, nos moldes existentes na esfera penal, a apuração de ato infracional e a conseqüente aplicação de medida sócio-educativa visam proteger o menor e prevenir a prática de novos atos infracionais, dentro de uma política de ressocialização do adolescente infrator. Resta cediço o objetivo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente: a reeducação e ressocialização do menor infrator.

Tenho para mim que a aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais representa um incentivo ao cometimento de outras infrações, cada vez mais graves, pelos adolescentes, simplesmente porque nenhuma conseqüência adviria de tal conduta. (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0024.03.993457-5/001, Rel. Desa. Márcia Milanez, j. 06.06.2006, DJ 14.06.2006).

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS MINISTÉRIOS PÚBLICOS

4.1.1 Sugestões consensualmente aprovadas pela Comissão designada criada na Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA) para servirem como guia para a prática do compromisso de ajustamento de conduta em matéria ambiental

Comissão designada: Geisa de Assis Rodrigues, Sílvia Cappelli, Fernando Reverendo Akaoui, José Roberto Marques, Aurélio Veiga Rios, Alexandre Sikinowski Saltz, Elaine Castelo Branco, Annelise Steigleder, João Batista Machado Barbosa, Odete Pinzetta, Ana Marchesan, Marco Antônio Marcondes Pereira, Maria Carmen C. de Almeida,

1. O termo de ajustamento de conduta deve ser celebrado nos autos de um inquérito civil público ou de um procedimento administrativo.

Justificativa: É importante que todas as atividades extrajudiciais realizadas pelo Ministério Público sejam documentadas e inseridas dentro dos instrumentos legais de investigação. Por isso, o compromisso de ajustamento de conduta só pode ser tomado dentro de uma investigação, quando se poderá avaliar se o compromisso representa a melhor solução para o caso.

2. O termo de ajustamento de conduta deve identificar com clareza o(s) compromitente(s) e o(s) compromissário(s), e quanto a este(s) devem ser discriminados todos os dados relevantes para sua qualificação, sobretudo eventual demonstração de representação legal nos casos cabíveis.

Justificativa: É fundamental que o Ministério Público seja bastante cuidadoso com os aspectos formais de identificação do compromissário para que os objetivos do compromisso não se frustrem diante da necessidade de uma eventual execução.

3. As cláusulas do termo de ajustamento de conduta devem ser redigidas de forma clara e objetiva, de modo que as obrigações decorrentes do compromisso sejam líquidas e certas.

Justificativa: Para se garantir os requisitos de liquidez e certeza, ínsitos aos títulos executivos extrajudiciais, as cláusulas dos compromissos de ajustamento de conduta devem ser redigidas da forma mais objetiva possível.

4. Em se tratando de obrigação de fazer, o compromisso deve prever todas as etapas necessárias ao cumprimento da obrigação bem como as condições que devem ser observadas em seu adimplemento.

Justificativa: Ainda para se garantir a certeza e a liquidez das cláusulas do compromisso sempre que possível deve-se prever as etapas e as condições do cumprimento do ajustado.

5. Quando a definição das obrigações de fazer necessárias para a reparação integral do dano depender de estudos complementares, o ajuste deve se referir aos mesmos, estabelecendo

quem será o responsável por sua elaboração, custeio e o prazo de entrega dos mesmos.

6. Em casos complexos as obrigações ajustadas podem ser detalhadas em planos ou programas, que constituam anexo ao termo de ajustamento de conduta, desde que sejam expressamente a ele integrados.

Justificativa: Para que as obrigações definidas a partir de estudos realizados posteriormente à celebração do ajuste possam ser legitimamente exigidas é fundamental que se inclua expressamente no corpo do ajuste que o resultado do estudo vincula o compromissário.

7. A elaboração do termo de ajustamento de conduta deve ser, sempre que necessário, acompanhada por técnico da área ambiental para garantir a adequação das obrigações.

8. O termo de ajustamento de conduta deve conter indicação dos motivos técnicos sobre a adequação das medidas previstas para a reparação do dano e sobre a razoabilidade dos prazos e das condições determinadas para o cumprimento das obrigações.

Justificativa: Como é cediço, a atuação do Ministério Público em matéria ambiental é necessariamente interdisciplinar, pressupondo o apoio de profissionais com conhecimento técnico dos mais diversos campos como biólogos, geólogos, engenheiros florestais, sanitaristas etc. A questão assume relevo, ainda maior, quando se trata da tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Em boa parte dos casos, o apoio técnico deve ser acionado para a definição das obrigações ajustadas, dos prazos em que as mesmas devem ocorrer e das condições que podem ser estabelecidas para o fim de adimplemento dos termos do compromisso.

9. O compromisso de ajustamento de conduta deve ter como prioridade a restauração natural do dano, que deve ser feita, em primeiro lugar, no próprio lugar da degradação ambiental.

Justificativa: Segundo a dicção legal o compromisso de ajustamento de conduta deve obter o cumprimento das exigências legais por quem já degradou o meio ambiente ou está em

vias de fazê-lo. Assim, sempre que seja possível, o Ministério Público deve priorizar a reparação do dano ecológico com medidas que importem em sua total restauração, no lugar em que a degradação ocorreu.

10. Sendo constatada a impossibilidade da restauração no próprio local do dano, pode haver a compensação ambiental por equivalente ecológico, em que o objetivo seja a recuperação da capacidade funcional do ecossistema lesado.

Justificativa: Em não sendo possível a reparação integral do dano ambiental na região impactada, a segunda alternativa deve ser a definição de cláusulas de compensação do dano, que revertam também diretamente em favor do patrimônio natural afetado.

11. A caracterização da impossibilidade da restauração no local do dano será aferida a partir dos seguintes critérios: a) da proporcionalidade entre o custo de implementação do projeto de recuperação ambiental e os benefícios que trará ao ecossistema; b) a capacidade econômica do responsável; c) a relação custo benefício social do empreendimento que resultou no dano ambiental; d) vantagens e desvantagens do retorno ao *status quo ante*, à luz do caso concreto.

Justificativa: É muito importante que a constatação da impossibilidade de se atender a prioridade de recuperação do dano ambiental no local lesado ocorra a partir da definição de critérios mais seguros, como os propostos, que aplicados ao caso concreto permitirão que se identifiquem as situações em que realmente se tenha que adotar medidas compensatórias à reparação do dano ambiental.

12. As medidas compensatórias poderão ser informadas pelo órgão ambiental ou pela assessoria ambiental do Ministério Público, desde que executem estudos suficientes para o dimensionamento do dano e a conservação da proporcionalidade entre o dano e as medidas sugeridas.

Justificativa: Mais uma vez revela-se importante a participação técnica na definição das cláusulas do compromisso de ajustamento de conduta. As medidas compensatórias devem ser estabelecidas a partir de estudos técnicos que as contextualizem em relação ao dano ambiental ocasionado. Em não havendo assessoria técnica do próprio Ministério Públicos podem ser requisitados os serviços dos órgãos ambientais para que a fixação das medidas compensatórias não seja aleatória.

13. A prova e o custeio das perícias necessárias ao dimensionamento do dano ambiental e indicação das medidas compensatórias devem ser repassadas ao compromissário.

Justificativa: Os custos gerados pelo compromisso de ajustamento de conduta aos órgãos técnicos, tanto os serviços de assessoria do Ministério Público quanto os dos órgãos ambientais, devem ser dimensionados e sempre que haja capacidade econômica dos obrigados a eles imputados.

14. Deve haver justificativa quando houver a impossibilidade da reparação integral do dano, especialmente quanto à adequação da adoção de medidas compensatórias.

Justificativa: No Estado democrático de direito vige o princípio da motivação das decisões administrativas e como o compromisso de ajustamento de conduta é celebrado por órgãos públicos impõe-se a motivação de seus termos, sobretudo quando não houver possibilidade de reparação integral do dano.

15. É recomendável que para cada obrigação fixada no ajuste deva haver uma previsão obrigatória e específica de multa pelo seu inadimplemento, sobretudo se o inadimplemento das obrigações tiver diversa repercussão quanto à efetividade do compromisso.

16. A O valor da multa deve ser suficiente a ensejar a coercibilidade necessária para que não ocorra o indimplemento das cláusulas do ajuste.

17. A fixação das multas deve levar em conta a dimensão do empreendimento ou da atividade do compromissário, a extensão do dano ambiental ocasionado e as condições econômicas do compromissário.

Justificativa: É imprescindível que os compromissos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público prevejam medidas coercitivas para o cumprimento do ajustado, como a fixação de multas cominatórias, garantias como a fiança bancária, a hipoteca, o penhor etc. Como a medida mais utilizada é a multa sugerimos que as mesmas devam ser estabelecidas para cada obrigação autônoma do ajuste, inclusive sendo diferenciadas para valorizar o cumprimento das cláusulas mais importantes. A multa não pode ser irrisória nem excessiva, por isso são apresentados alguns critérios que podem ser levados em conta no momento do estabelecimento da multa.

18. O termo de ajustamento de conduta deve conter prazo específico para o cumprimento de cada uma das obrigações, quando não for o caso de cumprimento imediato da mesma.

Justificativa: O compromisso de ajustamento de conduta tem como esfera de negociação a fixação de prazos e de condições para o cumprimento das exigências legais, assim deve-se ter bastante atenção para se estabelecer prazos relacionados a cada obrigação, salvo quando a mesma deva ser cumprida imediatamente, o que também deve estar expresso no compromisso.

19. O extrato do termo de ajustamento de conduta deve ser publicado em diário oficial, devendo as despesas pela publicação serem carregadas ao compromissário.

20. Quando o eficaz cumprimento do ajustamento de conduta depender da fiscalização da comunidade recomenda-se a divulgação do termo de ajustamento em meios de comunicação, às expensas do compromissário.

Justificativa: Na esfera do proteção do direito ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado revela-se de suma importância a publicidade dos atos do Poder público adotados para a defesa do meio ambiente. A tutela do meio ambiente tem vários legitimados justamente para permitir a melhor proteção possível desse bem da coletividade, portanto a publicidade é fundamental para ensejar que todos a sociedade possa controlar a adequação das medidas adotadas nos compromissos de ajustamento de conduta. Em situações em que a fiscalização do cumprimento do ajuste pressupõe um maior controle social, além da publicidade oficial é recomendável a publicidade em meios de comunicação de maior amplitude.

21. Quando o termo de ajustamento de conduta for celebrado em inquérito civil ou procedimento administrativo instaurado a partir de representação, deve ser dada especial ciência ao representante sobre a realização do termo de ajustamento de conduta.

Justificativa: Especial publicidade deve ser dada àquele que motivou a investigação do Ministério Público.

22. Embora dispensável, recomenda-se a presença de testemunhas na celebração do termo de ajustamento de conduta.

Justificativa: A eficácia de título executivo extrajudicial do compromisso de ajustamento de conduta não depende de testemunhas presentes no ato de sua formação, mas é de todo recomendável que existam pessoas que atestem estarem presentes no ato da celebração de compromisso, inclusive para contribuir na prova de fatos relacionados ao ajuste, em caso de eventual litígio.

23. A celebração do compromisso de ajustamento de conduta não elide a responsabilidade penal ou administrativa.

Justificativa: O objeto do compromisso de ajustamento de conduta é a responsabilidade civil, não podendo o mesmo limitar ou inviabilizar a incidência das sanções penais ou administrativas, eventualmente aplicáveis no caso, sob pena de violação do princípio constitucional da independência das instâncias, adotado expressamente no artigo 225 da Constituição Federal.

24. O termo de ajustamento de conduta serve como composição civil a título de pressuposto para a proposta de transação penal.

Justificativa: Em sendo o crime ambiental de menor potencial ofensivo, e havendo lesão difusa ao meio ambiente, o compromisso de ajustamento de conduta é o instrumento hábil para a recomposição dos danos, pressuposto para a realização da transação penal.

25. Para fins de reconhecimento da extinção de punibilidade em virtude da celebração da transação penal o compromisso de ajustamento de conduta deve ter sido plenamente cumprido.

Justificativa: A fiscalização do cabal cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta é fundamental para o reconhecimento da extinção de punibilidade dos crimes de menor potencial ofensivo.

26. Os termos de ajustamento de conduta celebrados por órgãos públicos devem ser remetidos para ciência do Ministério Público.

Justificativa: Em sendo o Ministério Público o protagonista da tutela dos direitos transindividuais deve realizar intensa fiscalização dos compromissos de ajustamento de conduta celebrados pelos outros órgãos co-legitimados.

4.2 NOVA LEI DE DROGAS EM DEBATE

4.2.1 Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?

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 Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – www.lfg.com.br

Rogério Cunha Sanches
Professor da Escola Superior do MP-SP.
Professor de Direito penal e Processo penal na Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – Rede LFG
e Promotor de Justiça em São Paulo

Continua acesa a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas), que prevê tão-somente penas alternativas para o agente que tem a posse de drogas para consumo pessoal. A questão debatida é a seguinte: nesse dispositivo teria o legislador contemplado um crime, uma infração penal *sui generis* ou uma infração administrativa? A celeuma ainda não chegou a seu final.

Os argumentos no sentido de que o art. 28 contempla um crime são, basicamente, os seguintes:

a) ele está inserido no Capítulo III, do Título III, intitulado “Dos crimes e das penas”;

b) o art. 28, parágrafo 4º, fala em reincidência (nos moldes do art. 63 do CP e 7º da LCP e é reincidente aquele que, depois de condenado por crime, pratica nova infração penal);

c) o art. 30 da Lei 11.343/06 regulamenta a prescrição da posse de droga para consumo pessoal. Apenas os crimes (e contravenções penais) prescreveriam;

d) o art. 28 deve ser processado e julgado nos termos do procedimento sumaríssimo da lei dos juizados, próprio para crimes de menor potencial ofensivo;

e) cuida-se de crime com *astreintes* (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas;

f) a CF de 88 prevê, no seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28).

Para essa primeira corrente não teria havido descriminalização, sim, somente uma despenalização moderada.

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos:

a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 (“Dos crimes e das penas”) não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração político-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos “crimes de responsabilidade”, que não são

crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em “mandato” expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico;

b) a reincidência de que fala o § 4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal *sui generis* + crime ou + contravenção);

c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos;

d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995) cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso;

e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao Delegado), dando clara demonstração de que não se trata de “criminoso”, a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;

f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);

g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como *astreintes* (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis*;

h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como “crime” significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como “criminoso”. Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é preci-

samente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei

11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*.

4.2.2 Aspectos polêmicos da nova lei de drogas

Rodrigo Iennaco

Promotor de Justiça/MG.

Mestre em Ciências Penais pela UFMG.

Professor do curso de pós-graduação em Ciências Penais da UFJF.

Coordenador do Conselho Editorial do site www.direitopenalvirtual.com.br.

Desde a entrada em vigor da Lei n. 11.343/06, que revogou as Leis n. 6.368/76 e 10.409/02, o cenário relativo à disciplina jurídico-penal das drogas se apresenta nebuloso.

O STJ decidiu, recentemente, que diante da ausência de previsão, na lei nova, de circunstância análoga àquela do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 (associação eventual para o tráfico), a lei nova retroage, devendo-se decotar das condenações anteriores, ainda que trânsitas, o *quantum* relativo à majorante¹. Resta ao Ministério Público valer-se, tão-somente, das agravantes aplicáveis especialmente ao concurso de pessoas (art. 62, CP). À mesma conclusão haviam chegado os Promotores de Justiça mineiros, reunidos no final do ano passado em Araxá.

Situação tormentosa na lei nova diz respeito ao confronto dos arts. 36 e 40, VII, ambos referindo-se ao custeio e ao financiamento do tráfico e condutas assemelhadas. Aqui, pode-se apontar a tendência de interpretação no sentido de que o primeiro exige conduta dotada de estabilidade, enquanto o segundo aplica-se à eventualidade – exegese semelhante a que se firmou quanto aos arts. 14 e 18, III (primeira parte), ambos da Lei n. 6.368/76.

Outra questão polêmica, ainda sem definição jurisprudencial, diz respeito à retroatividade da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Nova Lei de Tóxicos, que determina redução de um sexto a dois terços da pena cominada ao tráfico de drogas, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Mas nada se compara à celeuma criada pela ausência de cominação de pena privativa de liberdade à infração do art. 28 (sucadâneo do art. 16, da Lei 6.368/76) – posse de droga para consumo pessoal.

Nesse aspecto, já há decisões monocráticas, com apoio doutrinário, no sentido de que houve descriminalização da conduta: *abolitio criminis*². É que a Lei de Introdução ao Código Penal exige a previsão de pena de reclusão ou de detenção para que uma conduta seja considerada crime.

Outros, com apoio no art. 5º, XLVI, da CF, advogam que houve só despenalização, permanecendo o caráter criminoso do fato: o legislador ordinário teria sido autorizado pelo constituinte

a prever crimes sem pena privativa de liberdade. [3]

No Encontro de Araxá, os Promotores e Procuradores da área criminal concluíram, por unanimidade, que a conduta caracteriza infração penal, devendo a Jurisprudência definir sua natureza jurídica: crime ou contravenção⁴.

Temos sustentado que se trata de contravenção penal⁵. A Nova Lei de Tóxicos, que revogou o art. 16, da Lei 6.368/76, tipificou conduta similar (Art. 28, caput e §1º), operando rebaixamento em seu *status* jurídico-repressivo.

Tal conclusão coaduna-se com a previsão contida no §1º do art. 48 da Lei 11.343/06, no sentido de que as condutas previstas no art. 28 são processadas na forma do art. 60 e seguintes da Lei n. 9.099/95, não havendo imposição de flagrante, com o encaminhamento imediato do conduzido ao JEC ou, na impossibilidade, com a adoção de providências investigatórias sumárias pela autoridade policial (art. 48, §2º) e lavratura de termo de compromisso de comparecimento ao JEC, vedada a manutenção da prisão cautelar (art. 48, §§3º e 4º).

A posse de droga pelo usuário continua tipificada como infração penal contravençional; não há extinção da punibilidade com efeitos retroativos⁶.

Trata-se de *novatio legis in melius*⁷: aos fatos praticados na vigência da Lei 6.368/76 será aplicada a lei nova, em face do princípio constitucional da retroatividade da lei benéfica. O mesmo raciocínio se aplica ao condenado por cultivar ou semear planta de que se extrai droga ilícita se, na sentença, foi condenado nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76 e se reconheceu que se tratava de “plantio” para extração de droga para o próprio consumo.

Ao contrário do que se tem defendido, permanecem, a nosso sentir, os requisitos para que seja aplicada, imediatamente, pena restritiva de direito (transação penal), nos termos do art. 76, §2º, da Lei n. 9.099/95, *ex vi* do disposto no art. 48, §1º, da Lei n. 11.343/06, pois eventual condenação irá gerar não apenas a “pecha maligna da reincidência”⁸, mas poderá servir de fundamento à revogação de suspensão condicional de processo, *sursis* ou livramento condicional – ainda que facultativa a revogação, conforme o caso⁹.

Continua aplicável ao art. 28, da Lei n. 11.343/06, a prisão em situação de flagrante, nos termos dos arts. 301 e 302 do CPP, que fala em “infração penal”, sendo que autoridade deixará de lavrar o flagrante (art. 304, CPP), substituindo-o, do ponto de

vista formal, por Termo Circunstanciado e Compromisso de Comparecimento ao JEC. Em nenhuma hipótese o possuidor de droga para consumo pessoal (“usuário”), só por este fato, poderá ser mantido na prisão.

Notas

¹(STJ, quinta turma, HC 65402/MS, Habeas Corpus 2006/0188807-7, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 28.11.2006, DJ 18.12.2006, p. 451). Disponível em: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/jurisprudencia/leiamais/default.asp?id=58>.

²GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal*. Disponível na internet: www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060807161853937, acessado em 29.08.2006. E ainda: FACCINI NETO. Orlando. *Porte de droga para uso: abolitio criminis por força da lei 11.343/06*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 05.02.2007.

³v. CABETTE. Eduardo Luiz Santos. *O art. 28 da Lei de Drogas e a reincidência..* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=9245>.

⁴Ariel Dotti frisa que “o pensamento clássico em matéria penal não admite diferença ontológica entre crime (ou delito) e contravenção. Reconhecendo as insuperáveis dificuldades para demarcar as fronteiras entre tais terrenos de ilicitude, o legislador brasileiro foi pragmático [...].A distinção entre crime e contravenção, portanto, é puramente convencional, vale dizer, resulta da natureza da sanção aplicável a uma e a outra dessas infrações, como declara a LICP” (cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral, p. 297-298).

⁵v. IENNACO, Rodrigo. *Abrandamento jurídico-penal da posse de droga ilícita para consumo pessoal na lei n. 11.343/2006: primeiras impressões quanto à não ocorrência de abolitio criminis*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8868>. Ou ainda: *Posse de droga ilícita para consumo pessoal na Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: tipificação contravençional e novatio legis in melius*. Disponível em: www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=6. Não se trata, com efeito, da primeira contravenção prevista fora da LCP (v. Código Eleitoral) nem da primeira vez que a pena está prevista num dispositivo diverso do preceito primário, como poder ser visto nos arts. 3º e 4º da Lei de Introdução ao Código Penal. Aliás, o último aspecto também se verifica nos tipos de injusto em que se prevêm crimes qualificados (preceito primário num artigo, pena em outro).

⁶Sobre as contravenções penais, Ariel Dotti diz que, “além de uma lei fundamental dispondo sobre as contravenções penais, i.e., o Decreto-Lei n. 3.688, de 3.10.1941, o sistema contém variados diplomas especiais regulando essa modalidade de infração penal”, sendo “diversificados os interesses protegidos: fê pública, símbolos nacionais, igualdade racial etc. A legislação atinente às contravenções penais é também fragmentária e comprometedor de uma eficaz aplicação do sistema penal. Diante da impossibilidade em se promover uma descriminalização radical nesse domínio, mesmo porque advoga-se muito atualmente a necessidade de uma *direito administrativo penal* como meio de prevenção dos ilícitos mais graves, é fundamental reduzir o elenco dessas infrações ao mínimo razoável” (cf. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte geral, p. 14).

⁷Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – parte geral*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 74 e 89.

⁸ARAÚJO. Marcelo Cunha de. *Da possibilidade de transação penal independentemente dos antecedentes criminais nos delitos de posse de substância entorpecente para uso próprio*. MPMP Jurídico, ano II, n. 06, jul/set.2006, p. 65.

⁹Já há decisão do TJPR nesse sentido: “Aos fatos praticados na vigência da Lei nº 6368/76, cujos processos não tiverem sido iniciados, será aplicada a lei nova, sem ressalvas. Por outro lado, se o processo estiver em andamento, na primeira instância ou em grau de recurso, deverá ser designada audiência especial (perante qualquer juízo) para proposta de aplicação imediata de pena prevista na lei nova, caso haja aceitação do acusado. Não aceitando a proposta, caso condenado, o autor do fato será submetido às novas sanções, que são mais benéficas. Permanecem, a nosso sentir, os requisitos para que seja aplicada, imediatamente, pena restritiva de direito, nos termos do art. 76, §2º, da Lei nº 9099/95, ex vi, do disposto no art. 48, §1º, da Lei nº 11.343/06.” [...]. (TJ/PR, 2ª Câmara Criminal, Comarca: Medianeira, Processo: 0347470-8, Relator: Rogério Kanayama, Revisor: Noeval de Quadros, Julgamento: 25/10/2006, Decisão: Unânime, Dados da Publicação: DJ: 7240 - 10/11/2006). Disponível em: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/jurisprudencia/leiamais/default.asp?id=40>. V., ainda. CABETTE. Eduardo Luiz Santos. *Idem*.

4.2.3 Comentários à nova Lei de Tóxicos nº 11.343, de 23.08.2006.

Paola Carolina M. Gonçalves

Advogada em São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP.

Com o advento da Lei 11.343, de 23.08.2006, fica instituído o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD - definindo suas finalidades (art. 3º), princípios (art. 4º) e objetivos (art. 5º). O referido diploma legal prescreve medidas de prevenção ao uso indevido de drogas (arts. 18 e 19), de atenção e reinserção social dos usuários e dependentes químicos (arts. 20 a 26) e estabelece normas para repressão à produção não autorizada, assim como ao tráfico ilícito de entorpecentes, derogando a Lei 6.368/76, criando novos delitos (*novatio legis in criminadora*), alterando outros já existentes (*novatio legis in melius e novatio legis in pejus*) e descriminalizando alguns tipos penais (*abolitio criminis*).

Consideram-se drogas as substâncias capazes de causar dependência, assim especificadas em lei ou relacionadas em listas

atualizadas pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98).

As condutas típicas envolvendo usuários, tais como: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo droga ou, semear, cultivar, colher plantas destinadas ao preparo de pequena quantidade de droga, para consumo próprio, caracterizam infração penal (art. 28) porém, com sujeição a medidas socioeducativas de aplicação isolada ou cumulativa, substituídas a qualquer tempo, a saber:

I - advertência; II - prestação de serviços à comunidade; III - comparecimento a programa/curso educativo.

A duração dessas medidas educativas (II e III) será de, no

máximo, 05 (cinco) meses; em caso de reincidência, 10 (dez) meses. Objetivando a garantia de seu fiel cumprimento, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente, a:

I - admoestação verbal; II - multa, que será de 40 a 100 dias-multa, com valores de 30 avos até 3 vezes o salário mínimo, a ser creditada no Fundo Nacional Antidrogas (art. 29, parág. único).

As medidas educativas prescrevem em 2 anos, observado o art. 107 do CP.

Por outro lado, a lei em comento dispensa maior rigor e, não poderia ser diferente, ao delito de tráfico de drogas, visto que ampliada a reprimenda - reclusão de 5 a 15 anos e multa de 500 a 1.500 dias-multa - (art. 33). Tratado de forma semelhante aparece o tipo penal do tráfico de drogas por equiparação (art. 33, parág. 1º). Também foram cuidados os crimes de petrechos para a produção ilícita de drogas (art. 34); associação para o tráfico (art. 35); financiamento do tráfico (art. 36), que pune o agente financiador mais severamente que o próprio traficante e, por último, do informante colaborador do traficante, punindo o agente colaborador de grupo ou organização criminosa destinada ao tráfico de entorpecentes (art. 37) visando, destarte, diferenciar o traficante do usuário de drogas, assim como o tratamento dispensado a eles.

A pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário com bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre a organização criminosa

(art. 33, parág. 4º). Vedada a conversão da pena em restritiva de direitos para os crimes previstos nos arts. 33 a 37, medida esta que se revela apropriada, diante da gravidade dos delitos apontados, diferenciando-se da Lei 6.368/76, que se apresentava omissa neste aspecto, tal qual a Lei 10.409/02, que trata do rito processual penal para os crimes de uso e tráfico de entorpecentes, também derogada.

As causas de aumento de pena (art. 40) aplicam-se aos delitos de tráfico de drogas e seguintes (arts. 33 a 37) com valorização na reprimenda, no percentual de 1/6 a 2/3, para os crimes que visar ou envolver criança ou adolescente; quando empregada grave ameaça, violência, arma de fogo, intimidação difusa ou coletiva, nos casos de tráfico de drogas entre Estados da Federação, de delito transnacional, além de diversas outras hipóteses. Por outro lado, a associação momentânea deixa de ser alçada à condição de majorante.

Institui a delação premiada (art. 41) ao indiciado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e com o processo criminal, visando à identificação de co-autores e partícipes, além da recuperação total ou parcial do produto do crime, possuindo natureza jurídica de causa de diminuição da pena, podendo reduzi-la no percentual de 1/3 a 2/3.

Vacatio Legis: 45 dias, após a publicação (D.O.U. 24/08/2006).¹

Fontes:¹ www.camara.gov.br

Lei 11.343/2006.

4.3 PROCESSO ELETRÔNICO

4.3.1 Aspectos Controvertidos na Lei de Informatização do Processo Judicial

Wesley Roberto de Paula

Bacharelado em Direito

pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Minas Gerais

Programador de Computador

Sumário: 1. Introdução. 2. Ausência de padronização do Processo Judicial Eletrônico. 3. Cadastramento/credenciamento prévio nos órgãos do Poder Judiciário. 4. Comunicação processual por meio eletrônico e sua forma ficta. 5. Inviabilidade de utilização dos sistemas por problemas técnicos. 6. Investimentos em tecnologia no Judiciário: a realidade que contradiz a missão da informatização do processo judicial. 7. Conclusão.

1. Introdução

Após acalorados debates promovidos por representantes da advocacia, do judiciário e do legislativo concernente ao modelo mais adequado de informatização do processo judicial, foi sancionada em 19 de dezembro de 2006 a Lei 11.419 dispondo sobre a matéria. Com a sanção dessa lei, torna possível ao jurisdicionado a prática de atos judiciais tais como petição, interposição de recursos e demais comunicações processuais, de forma remota e eletrônica, máxime por meio da rede mundial de computadores. O diploma consagra um novo paradigma na Ciência Jurídica Processual Brasileira, consoante um milênio forjado por inovações tecnológicas. Surge em um contexto desditoso, em que a morosidade na prestação jurisdicional é causa

de insatisfação daqueles que dela dependem. Com efeito, insta demonstrar essa assertiva com o trecho da justificativa à proposição do incipiente projeto de lei de informatização do processo judicial, cuja tramitação iniciou na Câmara dos Deputados¹:

A morosidade é, sem dúvida, o principal fato gerador de insatisfação com o serviço judiciário, como revelam todas as pesquisas realizadas sobre o assunto. Em 1993, em pesquisa de opinião coordenada pelo IBOPE, foi proposta a seguinte afirmação: “o problema do Brasil não está nas leis, mas na Justiça, que é muito lenta”. Dos entrevistados, 87% consignaram suas concordâncias, 8% discordaram e 5% não souberam responder. Já em 1999, o jornal “O Estado de São Paulo” chegou a índices ainda mais elevados: 92% consideraram a Justiça muito lenta. A morosidade transformou-se em consenso absoluto inclusive entre os juizes. Pesquisa feita em 1995 pelo Conselho da Justiça Federal concluiu que 99,12% dos magistrados federais viam o referido atributo como o principal problema desse ramo do Judiciário.

CAPPELLETTI, ao final da década de oitenta já alertava sobre a morosidade e seus efeitos na prestação da tutela jurisdicional, destacando que:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão executável. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerando os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito (1988a, p.20).

Continua o autor lecionando que “a justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível” (1988b, p.21).

Infelizmente o deslindar do processo legislativo brasileiro nos mostra que as leis podem assumir feições perversas, que deturpam seu espírito. Assim ocorreu com a intitulada *Reforma do Judiciário* promovida pela Emenda Constitucional 45, de Dezembro de 2004. Sua proposta, alcançar maior celeridade processual, não atinge seu intento devido a ausência de mecanismos tangíveis para este desiderato. HOFFMAN corrobora esta assertiva ensinando que:

Entretanto, é lamentável constatar que, sem antes tomar medidas de ordem prática e sem alterar nada na ineficiente estrutura e condições do Poder Judiciário, seja simplesmente acrescido o parágrafo LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, para garantir o direito constitucional da razoável duração do processo no sistema brasileiro. Válido será, porém, se mais que um princípio constitucional, tornar-se um autêntico compromisso. (2005)

Igual efeito é percebido por GOMES em profícuo trabalho sobre o papel dos Juizados Especiais instituídos pela Lei 9.099/95, asseverando que:

Se em teoria a Lei dos Juizados Especiais foi concebida para restringir os efeitos maléficis da intervenção penal, na *práxis*, muitas vezes, o que está ocorrendo é uma indevida aplicação de sanções alternativas por que as garantias penais

e processuais não estão sendo observadas (2001:86-87).

Não foi diferente com o novel diploma. Embora seja um nobilíssimo avanço, capaz de alcançar a ambicionada celeridade processual sua sanção sem um estudo detido que alie as melhores técnicas de informáticas às garantias processuais, fez com ele fosse aprovado sob a contingência de eivas que poderão perverter seu designio.

A proposta do presente trabalho, embora não tenha a pretensão de ser liquidante em temática tão recente, ambiciona analisar pontos controvertidos da lei, que no futuro poderão ensejar a revisão dos preceitos por ela instituídos.

2. Ausência de padronização do Processo Judicial Eletrônico.

A norma em estudo demonstra que não foi preocupação primária do legislador a padronização dos procedimentos judiciais eletrônicos no âmbito do Poder Judiciário. Essa assertiva pode ser corroborada pela leitura do artigo 4º (*caput* e parágrafo 5º), artigo 7º e artigo 8º. A lei sancionada disciplina o processo judicial eletrônico, que por sua vez, terá espeque nos diplomas processuais já instituídos (Código de Processo Civil, Código de Processo Penal e Consolidação das Leis Trabalhistas). Isso posto, não é coerente pensar que cada órgão do Poder Judiciário utilize um modelo de sistema para administrar a marcha processual, uma vez que a legislação atinente é única.

O correto, em nosso entendimento, seria a utilização de um sistema cujos moldes sejam padronizados para todos os órgãos do Poder Judiciário, evitando assim riscos de incompatibilidades. O legislador, de forma furtiva, oferece uma solução incoerente para os casos em que haja incompatibilidades advindas da falta de padronização dos sistemas, contrariando o designio da lei. O artigo 12, parágrafo 2º, assim prevê:

Os autos de processos eletrônicos que tiverem de ser remetidos a outro juízo ou instância superior *que não disponham de sistema compatível* deverão ser impressos em papel, autuados na forma dos arts. 166 a 168 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, ainda que de natureza criminal ou trabalhista, ou pertinentes a juizado especial. (Grifamos)

Noutras palavras, a solução dada pelo legislador é: sistemas incompatíveis imprimam-se os autos. Importará essa solução em manutenção dos problemas que justificaram a implantação do processo judicial eletrônico tais como, economia financeira, de espaço e processual, maior celeridade processual e facilidade de acesso aos autos, entre outros.

Embora seja um árduo percurso, a busca da padronização dos procedimentos judiciais em âmbito nacional não é impossível. Exemplo dessa padronização é o *Sistema Único da Justiça do Trabalho*², que congrega um padrão único de informações geradas nos procedimentos processuais eletrônicos em todo o Brasil. Incontestemente que essa unificação não foi rápida, mas não se mostrou impossível. Postergar a unificação nos demais órgãos do Poder Judiciário equivale a sobrestar a solução indefinidamente.

3. Cadastramento/credenciamento prévio nos órgãos do Poder Judiciário.

O conteúdo do art. 1º, § 2º, II, alínea ‘b’ considera como sendo assinatura eletrônica apta à produção de atos processuais em meio digital: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica; e b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos. Além disso, o art. 2º, § 3º normatiza que os órgãos do Poder Judiciário poderão criar um cadastro único de usuários.

A mera faculdade e não um rumo definido legalmente para que os órgãos do judiciário adotem uma base cadastral única, reverterá em transtornos para o jurisdicionado. Caso não haja essa unificação, será necessário que, anterior à produção do ato no órgão do judiciário, o advogado que nele deseje postular faça seu cadastro. Isso deverá ser feito em todos os tribunais e órgãos do judiciário brasileiro.

A leitura da parte final do inciso ‘b’ do dispositivo supra nos infere ao entendimento que cada órgão será responsável por disciplinar o cadastramento dos usuários em seu âmbito. Contudo, entendemos que o Poder Judiciário não poderá usurpar as competências exclusivas garantidas em leis às entidades classistas dos advogados (Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/94) e dos membros do Ministério Público (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625/93) à guisa de fomentar um cadastro único.

4. Comunicação processual por meio eletrônico e sua forma ficta.

O Capítulo II dispõe sobre a comunicação eletrônica dos atos processuais. O artigo 5º, insito nesse capítulo dispõe *in verbis*:

As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

Esse dispositivo disciplina que, optando a parte por receber a comunicação processual pelo sistema exclusivo destinado a esse fim, fica o órgão do judiciário remetente da comunicação dispensado de disponibilizá-lo em outro meio, inclusive no Diário Oficial em sua versão eletrônica.

Indubitavelmente tal regra contribuirá com a celeridade das comunicações processuais, possibilitando àqueles que as aguardam em comarcas distantes, o seu recebimento em tempo equivalente aos residentes nas comarcas metropolitanas.

Ainda, no conjugado de normas constantes desse artigo, o parágrafo terceiro indica um novo marco de fixação do *dies a quo* para cumprimento do ato processual instruindo que:

A consulta referida nos §§ 1o e 2o deste artigo *deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação*, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

(Grifamos)

Dessa forma, aquele que se cadastrou no sistema de recebimento de intimações do Poder Judiciário, poderá receber um informativo (um simples *e-mail*) da existência da comunicação aguardando sua visualização (art. 5º, § 4º). Caso não o faça em dez dias, dar-se por comunicado (leia-se intimado ou citado, conforme artigo sexto). Destina-se inexoravelmente esse preceito a fixar um marco temporal de início da contagem do prazo para prática do ato. Assim sendo, deveria trazer em seu bojo a inclusão de um sexto inciso no art. 241 do Código de Processo Civil, que trata da matéria. Essa inserção evitaria controvérsias futuras sobre a preclusão temporal no processo eletrônico.

Um último aspecto notado na norma, que poderá insurgir contra o equilíbrio processual, tangencia o tratamento indistinto ao decurso do prazo processual. O interstício decenal fixado para início da contagem do prazo da comunicação eletrônica não existe no formato hodierno de comunicação. Hipoteticamente, em uma lide em que somente uma das partes utilize o processo eletrônico, esta terá vinte e cinco dias *v.b.* para interpor um recurso de apelação, enquanto a outra terá preclusivamente quinze dias para o mesmo recurso. O prazo “carençial” para início da contagem do prazo para a prática do ato judicial eletrônico poderá abalroar os princípios processuais que pretendem equilibrar a atuação das partes em uma relação processual.

5. Inviabilidade de utilização dos sistemas por problemas técnicos.

O parágrafo segundo do artigo 10 disciplina:

[...] se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.

Em homenagem à segurança jurídica, norteadora da atuação do Poder Judiciário perante o jurisdicionado, em caso de ocorrência de problemas técnicos, deveria constar nessa norma a forma de certificação de que o problema ocorrido no sistema do Poder Judiciário é exclusivamente de sua responsabilidade, e que a prática inviabilizada será prorrogada. Contudo, olvidou o legislador de esposar tal previsão.

A não-inserção dessa regra talvez se justifique de forma tácita no imaginário do legislador, pois o art. 18 da lei em comento delega competência aos órgãos do Poder Judiciário para regulamentarem o diploma no que couber. Contudo, a questão proposta pelo artigo inafastavelmente possui cunho processual, atinente a prazos processuais, cuja competência é eminentemente do legislador infraconstitucional.

6. Investimentos em tecnologia no Judiciário: a realidade que contradiz a missão da informatização do processo judicial.

Dispõe o artigo 10, parágrafo terceiro:

Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores

à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais.

Sob pena de tornar-se uma forma de burocratização tecnológica, para que a informatização do processo judicial seja uma realidade, deverão ser feitos investimentos financeiros mais significativos do que o que atualmente são destinados aos setores tecnológicos dos órgãos do judiciário. A Corte Mineira e.g. destina a exígua parcela de 1,04 % (um vírgula zero quatro por cento) de sua despesa, para investimentos em tecnologia³. É propícia e majestática a iniciativa de disponibilizar equipamentos de informática para utilização pelo jurisdicionado nas sedes dos órgãos do judiciário. Contudo, não basta disponibilizá-los. É imperativo que eles sejam constantemente atualizados para que não se transformem em avançadas máquinas de escrever, inócuas ao mister do processo judicial eletrônico.

7. Conclusão

Alguns preceitos apresentados pelo novel diploma são louváveis. A possibilidade de o postulante praticar o ato judicial até a vigésima quarta hora do *dies ad quem* (art. 3º, parágrafo único) é sem dúvida um significativo avanço. O artigo 12,

parágrafo 5º normatiza a possibilidade de digitalização dos autos findos ou em tramitação mediante consulta ao jurisdicionado sobre o interesse de manter pessoalmente os documentos originais. Essa medida desocupará os enormes espaços destinados a arquivos físicos, revertendo em satisfatória redução de custos para Poder Judiciário. Outro ponto que merece ser enaltecido e festejado diz respeito ao encerramento de uma retrógrada celeuma sobre a validade dos atos processuais pretéritos praticados em meios eletrônicos cuja validação restou sobrestada. O art. 19 disciplina que eles estão convalidados, desde que tenham atingido seu fim.

No entanto, a nosso ver a temática albergada na norma poderia ter sido mais bem implementada técnica e juridicamente, em promoção a um processo judicial eletrônico verdadeiramente eficaz. Superados os pontos controvertidos esposados nesse trabalho, entendemos ser de grande valia e considerável avanço a legislação que se apresenta, mas para sua efetiva implantação insta promover ajustes normativos visando extirpar controvérsias existentes, primando sempre pela segurança jurídica e para que as normas futuras que almejem o mesmo fim, não incidam em idênticos percalços.

Bibliografia:

- CAPELLETTI, Mauro. **Acesso a Justiça**, tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, S.A. Fabris, 1988.
 GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. As ciências criminais do século XXI, São Paulo, 2001.
 HOFFMAN, Paulo. **O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179>. Acesso em: 27 set. 2006.

Notas

- 1 <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/8008.htm> Acesso em 22 Dez 2006.
 2 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Informação para a Imprensa**: TST, 2006. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/destaques/projetos/prodresvisado.pdf>. Acesso em: 22 Dez 2006.
 3 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2004. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/arquivos/downloads/JN2.pdf> >. Acesso em: 22 Dez 2006.

4.3.2 Processo eletrônico e soberania nacional

Agnelo Corrêa Vianna Júnior
Bacharel em Direito pela PUC-MG



Agnelo C. Vianna Júnior

A CF/88 coloca a soberania como um dos seus fundamentos no art. 1º, I¹. Para José Afonso da Silva, “soberania significa poder político supremo e independente”².

Portanto, a soberania nacional é o fundamento da jurisdição, como função estatal e pública de pacificar, por meio do processo, os conflitos de interesses dos cidadãos.

tamente militar. Posteriormente, devido a seu potencial comercial, foi popularizada pela utilização de redes de comunicação privadas.

Atualmente, é desenvolvida por organizações internacionais, financiadas por governos e corporações, como a Internet Society (ISOC), responsável pelos protocolos de transmissão, e a Internet Corporation for Assignnet Names and Numbers (ICANN), responsável pela administração de endereços, que coordenam comitês regionais e nacionais.

A internet surgiu da união de centros de pesquisas e do Departamento de Defesa norte-americano com finalidade estrita- mente militar. Posteriormente, devido a seu potencial comercial, foi popularizada pela utilização de redes de comunicação privadas.

O Comitê Gestor da Internet Brasil foi criado pelo Decreto nº 4.829/03, que, no inciso VII do art. 1º, estabelece “...que a gestão da Internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais

aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet...³”.

A Lei nº 11.419/06, que criou o processo eletrônico, utilizando como suporte a internet, traz alguns questionamentos.

Pode o processo, instrumento da jurisdição, emanada da soberania nacional, utilizar uma rede não controlada pelo Estado, privada e internacional, para realizar uma função estatal e pública?

Recentemente, devido a uma decisão judicial, motivo

justo, portanto, as operadoras de telefonia retiraram do ar um *site* por 6 dias. E, se um processo eletrônico discutir interesses das operadoras ou de grupos econômicos, será possível uma decisão imparcial, diante de tal pressão?

Ninguém deve ser contrário ao progresso tecnológico, mas a voracidade legislativa brasileira impede uma reflexão maior sobre institutos ainda em desenvolvimento, antes de imobilizá-los em regulamentos estanques. A modernidade, nesses casos, pode surpreender e se transformar em atraso e colonialismo.

Notas e referências bibliográficas

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania;

² SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2.005.

³ Art.1º - Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br, que terá as seguintes atribuições:

VII - adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da Internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;

4.4 ATIVIDADE POLICIAL E DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

4.4.1 Atividade policial independente e a adequada investigação dos crimes lesivos ao patrimônio público

Marcos Pereira Anjo Coutinho

*Promotor de Justiça do Patrimônio Público da
8ª Promotoria de Justiça de Betim/MG*

*Pós-Graduado em Controle da Administração Pública pela Universidade Gama Filho - RJ
Pós-Graduado em Tutela dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais e Homogêneos pela UNAMA – AM*



Marcos P. Anjo Coutinho

Sumário: 1. Introdução. 2. A Seletividade do Sistema Penal. 3. O Estado Democrático de Direito e a Atividade Policial Independente. Inamovibilidade e Independência Funcional dos Delegados. 4. Considerações Finais. 5. Bibliografia.

1. Introdução

O exercício da atividade policial, previsto no artigo 144 da Constituição da República, adquire grande importância quando se discute a efetividade social da segurança pública no Brasil.

Em tempos de medo e insegurança, cada vez mais frequentes nos últimos anos, é comum o incremento do debate político acerca da reestruturação da segurança pública, para o combate eficaz ao crime. Pululam na sociedade as mais variadas teses, como a participação das forças armadas, a unificação das polícias, a criação de forças especiais, a informatização adequada das atividades policiais e, até mesmo, por vezes, em retrocesso moral de mais de 2.000 anos, a sugestão de um quase retorno à

lei de talião no sistema penal.

Sem embargo da dimensão e complexidade do assunto, impositivo da adoção conjunta de ações administrativas e legais diversas, a classe política brasileira muito pouco enfrenta um dos aspectos basilares: como promover o fomento da atuação policial *eficiente*, em consonância com os princípios constitucionais previstos no artigo 37, *caput*, da Lei Maior, se os delegados - autoridades públicas que presidem investigações criminais - não dispõem da necessária independência para o exercício de suas funções?

No campo dos ilícitos penais vinculados ao *colarinho branco* e nos crimes lesivos ao patrimônio público, a ineficiência policial, especialmente nos Estados, chega a causar assombro quando examinado o ínfimo percentual de investigações, no cotejo com outras áreas de atuação.

Não se pode olvidar que, num país com enormes dificuldades para assegurar aos cidadãos, até mesmo, a satisfação dos direitos de 1ª e 2ª geração, os crimes contra o patrimônio público, de um modo geral, representam chaga que deve receber tratamento vigoroso para o atingimento do esperado Estado de Justiça Material.

Buscar-se-á demonstrar, nesse ponto, o estreito liame existente entre a seletividade do sistema penal e o esquecimento, pelos Poderes Públicos, de uma questão fundamental na segurança pública: a adequada estruturação das Polícias e a valorização dos seus quadros, de forma a não torná-las instrumentos a serviço dos matizes políticos ou reféns de perseguições decorrentes do regular exercício profissional.

2. A Seletividade do Sistema Penal

O professor de Direito Penal da antiga Universidade do Estado da Guanabara, atual UERJ, Doutor Roberto Lyra, em meados do século passado já afirmava que “Os mais perigosos, os que iludem a Justiça, não estão nos cárceres. E as redes judiciárias sempre foram insuficientes para pescar no mar das imunidades políticas e econômicas”.

Gevan de Carvalho Almeida, ao comentar a assertiva de Roberto Lyra, expôs, de forma didática, a noção da seletividade do sistema penal:

Segundo o sociólogo e criminalista *Robert Sampson*, da Universidade de Chicago, ‘os crimes de colarinho branco, como fraude e sonegação fiscal, dão um prejuízo à sociedade de 12 a 14 vezes maior do que os crimes de rua (roubos e furtos), segundo pesquisas americanas.

Para que se compreenda melhor o problema da seletividade, o crime de corrupção (no sentido amplo) corre solto neste país; no entanto aproxima-se de zero o número de pessoas condenadas por esse crime.

Isso é incrível, se considerarmos que o nosso país foi classificado em pesquisa realizada pela *Transparency International* (uma ONG) como o 17º mais corrupto do mundo. Embora não se possa dar demasiado valor a uma pesquisa desse tipo, até mesmo pela dificuldade inerente à pesquisa de crimes que, como esses, quase não deixam vestígios, de qualquer modo, os percentuais de condenações chegam a ser ridículos (0,004% do total). (ALMEIDA, 2004, p. 26).¹

A título de exemplo, a organização *Transparência Brasil*, associada à *Transparency International*, em detalhado artigo (TREVISAN et al., ano) divulgou o perfil dos municípios brasileiros onde sinais de irregularidades apresentam-se de forma mais sensível.

Em todos eles estavam presentes as seguintes características, *verbis*:

Histórico comprometedor da autoridade eleita e de seus auxiliares; falta de transparência nos atos administrativos do governante; ausência de controles administrativos e financeiros; subserviência do Legislativo e dos Conselhos municipais; baixo nível de capacitação técnica dos colaboradores e ausência de treinamento de funcionários públicos e alheamento da comunidade quanto ao processo

orçamentário. (sem referência).

Por infeliz coincidência, a presença desses nocivos perfis ainda é muito comum no cotidiano administrativo brasileiro. Paradoxalmente, o número de apurações penais nessas áreas situa-se em ângulo oposto – principalmente nos Estados.

Se os critérios de aferição dos índices de corrupção fossem os percentuais de investigações criminais em tramitação, certamente o Brasil estaria entre os países detentores dos melhores índices de retidão administrativa.

3. O Estado Democrático de Direito e a Atividade Policial Independente. Inamovibilidade e Independência Funcional dos Delegados

O Estado Democrático de Direito traz a noção de governo do povo,² em que as *Funções* Executiva, Legislativa e Judiciária representam, exteriorizam e tutelam a vontade coletiva, sempre visando ao interesse comum, muito antes de serem rotuladas como *Poderes*.

Por outro lado, são desnecessárias maiores ilações na conclusão de que, num Estado de Direito, as pessoas não estão acima da lei, sendo todas passíveis de responsabilização, na medida de suas ações.

Inicia-se a seção, desse modo, com a ponderação de que, num Estado Democrático de Direito, é logicamente incompatível qualquer justificativa, política ou jurídica, de que determinada função pública deva ser limitada ou cerceada em virtude dos riscos de que maus profissionais venham a deturpar o seu exercício.

A uma, porque qualquer pessoa, num regime que não seja o de exceção, é passível de responsabilização, nos termos da lei.

A duas, porque raciocínio em sentido contrário equivaleria à confissão da *prevaricação estatal*, ao deixar de gerir determinada medida, assecuratória da democrática independência de autoridades públicas, por reconhecer sua própria incapacidade de punir eventuais desvios de conduta.

A noção de *Controle da Administração Pública*, portanto, é ínsita a qualquer instituição democrática, sendo uma obrigação dos Poderes Públicos a sua materialização eficaz.

Os argumentos, políticos ou jurídicos, contrários à inamovibilidade e independência funcional de delegados, com suporte no risco de que a eventual autonomia seria perigosa à sociedade, esbarram em percepções elementares da noção de Democracia e Estado de Direito.

De lege lata, um Delegado pode, por vontade da Administração Superior, ser transferido no uso da conveniência e oportunidade do gestor público. O que poderia significar uma defesa indireta do Estado contra maus policiais,³ em sendo utilizado o raciocínio combatido, na incipiente realidade demo-

crática brasileira acaba por produzir efeito inverso, incentivando, negativamente, a subserviência das autoridades policiais que presidem investigações criminais contra administradores públicos ou pessoas a eles ligadas, inegavelmente detentoras de maior trânsito político-partidário, com possibilidade de influenciar decisões administrativas discricionárias.

A realidade é por todos conhecida: a quase ausência de investigações criminais relativas a crimes lesivos ao patrimônio público (especialmente nos Estados), colaborando, assim, por reforçar a convicção de que o atual sistema administrativo e legal não está a funcionar corretamente.

Deve ser pontuado, noutro giro, que esse hiato investigatório predominante nessas espécies de crimes, a toda evidência, não tem como causa a desestrutura administrativa pura e simplesmente.

Desestrutura administrativa acarreta ineficiência (investigações criminais sem resultado final tecnicamente satisfatório) e não a ausência predominante de investigações criminais, o que é muito diferente.

Não se pode perder de vista, nessa linha de raciocínio, que a instituição das garantias da independência funcional e da inamovibilidade, essenciais ao desenvolvimento da presidência imparcial de inquiridos policiais, são garantias da sociedade brasileira que não custariam um centavo sequer aos cofres públicos. O impacto orçamentário seria igual a zero.

Não sendo de ordem financeira a limitação para a salutar medida administrativa, detecta-se, por conseqüência, a falta de vontade política. Quais os beneficiados pela eventual transferência de um Delegado que investiga, com retidão, determinado crime que possa envolver figuras de administrações públicas? Em tese, os beneficiados seriam apenas os investigados.

E quais os beneficiados pela eventual transferência de um delegado que investiga, sem retidão, determinado crime que possa envolver figuras de administrações públicas? A rigor, o único beneficiado é o mau policial, premiado com uma simples transferência.

Ficam aqui essas reflexões, indicativas de que, em todas as hipóteses, a maior derrotada é a sociedade brasileira.

4. Considerações Finais

O sistema de segurança pública não pode ter coloração político-partidária. Ele existe para a proteção social, seja qual for a direção ideológica do efêmero domínio de um determinado partido. É o que nos ensina a experiência democrática, cuja alternância de grupos no poder representa uma das maiores conquistas da sociedade contra a opressão e a tirania.

A investigação de crimes praticados em desfavor do patrimônio público, por suas peculiaridades, impõe total desvinculação e independência das autoridades policiais presidentes dos inquiridos.

O atual sistema de segurança pública não confere a necessária autonomia aos delegados, visto que ausentes as prerrogativas da inamovibilidade e independência funcional. Não trazendo a implementação da inamovibilidade e da independência funcional quaisquer ônus orçamentários, a conclusão única existente é a falta de vontade política na instituição desses instrumentos moralizantes.

De lege ferenda, a autonomia funcional a ser conferida aos delegados é medida que irá concorrer para o amadurecimento democrático de nosso País, contribuindo para a eficiência do sistema fiscalizatório do erário e da moralidade administrativa, os quais unidos, compõem a noção ampla de patrimônio público.

5. Bibliografia

- ALMEIDA, Gevan de Carvalho. *O Crime nosso de cada dia*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
 TREVISAN, Antoninho Marmo; CHIZZOTTI, Antônio; IANHEZ, João Alberto; CHIZZOTTI, José e VERILLO, Josmar. *O Combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. Bibliografia incompleta.
 SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Notas:

¹ O índice de percepção de corrupção (IPC) é reavaliado anualmente, tendo o Brasil, no ano de 2005, antes das crises no Congresso Nacional, ficado em 62º lugar entre 158 posições no ranking. Desempenho, portanto, muito fraco, empatando com Belize no ranking classificatório (http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2005).

² A democracia é “[...] meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana” sendo um “[...] processo de convivência social em que o poder, exercido direta ou indiretamente, emana do povo, pelo povo e para o povo”. (SILVA, 2005. p. 40).

³ Uma tola defesa, por sinal, já que o mau policial permaneceria no exercício pleno de sua lesiva atuação, em outra circunscrição ou distrito, apenas transferido – contrariando o artigo 12 da Lei n.º 8.429/92.

4.5 TÉCNICA PROCESSUAL

4.5.1 Breves notas sobre a possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa

Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)



Leonardo Barreto
Moreira Alves

O presente artigo pretende, de uma forma sucinta, demonstrar a possibilidade de o Ministério Público aplicar medida socioeducativa no momento do oferecimento da remissão pré-processual ao adolescente infrator.

O art. 126, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente possibilita que o órgão ministerial, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração do ato infracional, conceda a remissão como forma de exclusão do processo (remissão pré-processual). Além disso,

verifica-se que o art. 127 do ECA, sem fazer qualquer distinção entre remissão pré-processual e remissão processual, assevera expressamente que a remissão (gênero) pode incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação. Diante disso, já é possível perceber que há permissão legal à cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa; a única restrição imposta por lei é a que diz respeito à proibição de oferecimento da remissão pré-processual em conjunto com a aplicação das medidas que impliquem privação da liberdade do menor (semiliberdade e internação).

Avançando na discussão do tema, com base no mesmo argumento acima expendido, constata-se que a cumulação em análise não ofende de modo algum o princípio constitucional do devido processo legal. Ora, é a própria legislação menorista sobre o processo infracional, nos artigos 126, *caput*, e 127, do ECA, que autoriza expressamente a cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa de regime aberto. Sendo assim, observa-se que a imposição de medida socioeducativa de regime aberto na fase da remissão pré-processual obedece rigorosamente o devido processo legal.

Em meio a esse contexto, é preciso fazer menção à Súmula n. 108 do STJ, cujo verbete é o seguinte: “A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz”. Essa Súmula, ao contrário do que aparentemente possa parecer, não foi editada como forma de vedar a cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa. Na verdade, o STJ, com tal verbete, procurou encerrar longa discussão existente na doutrina sobre a

possibilidade ou não de que órgão diverso do Poder Judiciário (*in casu*, o Ministério Público) praticasse, em um processo judicial, ato decisório. A discussão surgiu por causa da redação do art. 126, *caput*, ECA, segundo a qual o *Parquet* poderá “conceder” a remissão pré-processual (e, por consequência, a medida socioeducativa).

Como já defendia doutrina amplamente majoritária antes da edição da Súmula *sub oculis*, é óbvio que o simples ato de concessão da remissão pré-processual pelo Ministério Público não tem caráter decisório, pois, para que este ato tenha plena eficácia, há necessidade da homologação judicial. Nesse sentido, inclusive, frise-se que o art. 181, parágrafo 1º, ECA, estabelece que a autoridade judiciária homologará a remissão (gênero), determinando, em seguida, conforme o caso, o cumprimento da medida (que só pode ser a sócio-educativa).

Nesse sentido, é imprescindível destacar que o próprio Superior Tribunal de Justiça, em decisões posteriores à edição da Súmula n. 108, deixou assente o posicionamento ora defendido, como se vê do aresto a seguir transcrito, *in verbis*:

PENAL – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI n. 8.069/90). ART. 127. REMISSÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. CUMULAÇÃO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Não há falar em constrangimento ilegal decorrente da homologação pelo Juiz de remissão concedida pelo Ministério Público, simultaneamente à aplicação de medida socioeducativa – prestação de serviços à comunidade, ante a possibilidade de sua cumulação, ex vi do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 226159/SP – Sexta Turma – Relator Min. Fernando Gonçalves – DJ de 21/08/2000, p. 177).

Resta ainda analisar se tal cumulação violaria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Para essa análise, rememorando lição abalizada do insigne Professor João Batista Costa Saraiva, em sua obra “Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional”, segundo a qual o regramento da apuração de ato infracional constitui verdadeiro Direito Penal Juvenil, façamos uma similitude entre a remissão pré-processual e a transação penal. Nela também há aplicação de uma determinada medida ao autor dos fatos, proveniente de proposta ofertada pelo Ministério Público e homologada pela autoridade judicial, sem que isso implique qualquer violação

desses princípios constitucionais, e iremos concluir pela possibilidade de cumulação entre aquela e uma determinada medida sócio-educativa de regime aberto.

Ainda fazendo a correlação entre os institutos da remissão pré-processual e da transação penal, verifica-se que as únicas cautelas que devem ser observadas para a aplicação daquela, assim como ocorre com a aplicação desta, são, a uma, a concordância do menor e do seu representante legal com a proposta oferecida pelo Ministério Público, e, a duas, o acompanhamento do adolescente por advogado.

Por fim, é preciso ponderar sobre a conveniência prática da aplicação de medida socioeducativa de regime aberto no

momento do oferecimento da remissão pré-processual. Admitir tal hipótese significa antecipar a aplicação da referida medida sem que haja a necessidade de transcorrer todo o longo *iter* do processo de apuração do ato infracional, provocando a redução de custos para o Estado (que não aciona a sua máquina judiciária) e para o próprio adolescente (que deixa de constituir advogado e de arcar com as custas processuais), isso sem falar na eliminação do desgaste psicológico inerente ao desenvolvimento de qualquer processo judicial.

Feitas essas considerações, conclui-se, em definitivo, pela possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa (em meio aberto), possibilidade que, sem dúvida alguma, contribui para a economia e a celeridade dos processos envolvendo a apuração de ato infracional.

Referência:

CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. 6ª ed. rev. e atual. pelo novo Código Civil, São Paulo: Malheiros, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional*. 3ª ed., rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

4.6 COMENTÁRIOS A JURISPRUDÊNCIA

4.6.1 Legitimidade do Distrito Federal para promover, via ação civil pública, a defesa dos consumidores em face dos reajustes abusivos perpetrados por prestadora de serviços de saúde.

Ronny Marinho

Procurador Municipal

Especialista em Direito Público

Mestrando em Direito Empresarial – Universidade de Itaipava/MG

1. Acórdão

Recurso Especial Nº 168.051–DF (1998/0019973-0)
Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro – 3ª Turma

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS CONSUMIDORES. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. INTERESSE OU DIREITO COLETIVO. DISTRITO FEDERAL. LEGITIMAÇÃO ATIVA. ART. 82, II, DO CDC.

I - Nos termos do art. 82, II, do Código de Defesa do Consumidor tem o Distrito Federal legitimidade ampla para promover ação civil pública, visando a proteção de interesses ou direitos coletivos de associados, na referida unidade federativa, de empresa prestadora de serviços de saúde.

II - Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros

da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Nancy Andriahi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Data do julgamento: 19 de maio de 2005.

2. Razões

Na decisão em exame, concluiu-se que o Distrito Federal tem legitimidade para defender em juízo direito de consumidores, reformando anterior *decisum* que, embora reconhecesse legitimidade ao referido ente federativo para o manejo de Ação Civil Pública em defesa de consumidores, considerou que, na espécie, falecia ao demandante interesse diante de relação de consumo entre pessoa jurídica de direito privado e particulares.

3. Justificativa

O acórdão em pauta na verdade chama à atenção em razão de ter operado, no âmbito de um direito coletivo que cada vez mais assume os espaços abertos pela Constituição Federal de 1988, uma verdadeira correção no entendimento esboçado em anterior decisão, tendo em vista que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (artigo 82 - Lei Federal nº 8.078/90) ampliou o rol dos legitimados para a defesa do consumidor em juízo, na esteira da garantia constitucional do livre acesso à justiça.

Ademais, *in casu*, reconhecer a legitimidade do Distrito Federal para a defesa em juízo de direito de consumidores, sem vislumbrar seu interesse (partindo da noção do binômio legitimidade / interesse), significaria, por vias oblíquas, afastar a incidência da citada regra ampliativa do estatuto consumerista, e ao mesmo tempo desconsiderar o tratamento constitucional acerca do tema.

Nesse passo, não há de se cogitar da ilegitimidade para a defesa de direito de consumidores sem partir de uma vertente constitucional norteadora de todo o ordenamento jurídico pátrio.

4. Finalidade

O presente comentário tem o desiderato de aclarar o embasamento jurídico-constitucional do direito coletivo, mormente no tocante ao direito do consumidor, mais especificamente no que se refere à legitimação para a defesa em juízo de interesses de consumidores. A natureza privatística do contrato, sobretudo daquele pertinente a uma relação de consumo, não rechaça uma ingerência estatal focada na promoção do equilíbrio entre as partes, muito menos retira do poder público, em sentido amplo, o dever constitucional de promover a defesa de direitos de consumidores em juízo, via Ação Civil Pública ou outro instrumento hábil para tal.

Por fim, a mera afirmação de um direito coletivo há de fazer presumir a legitimidade do demandante, tendo em vista o cunho social afeto à matéria veiculada, a qual não pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário.

5. Comentário

5.1. Ementa conclusiva do comentário

Artigos 81 e 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ampla legitimidade do Distrito Federal para defender direito coletivo de consumidores em juízo, via Ação Civil Pública. O reajuste abusivo perpetrado pela Golden Cross Assistência Internacional de Saúde incidiu sobre pessoas determinadas, quais sejam, os associados residentes na circunscrição territorial afeta ao citado ente federativo. Configuração de direito coletivo. Legitimidade do Distrito Federal por força do *princípio da presunção de legitimidade "ad causam" ativa pela afirmação de direito*. Incidência do princípio do livre acesso à justiça, preconizado no inciso XXXV, da Constituição da República de 1988.

5.2 Fundamento constitucional da defesa do consumidor

Primeiramente, há de se registrar que o texto constitucional impôs ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor, na forma da lei (inciso XXXII do artigo 5º), estabelecendo ainda o artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias a elaboração, pelo Congresso Nacional, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no prazo de 120 dias da promulgação da Constituição.

A defesa do consumidor (inciso V do artigo 170) constitui Princípio da Ordem Econômica. Ele conta, no tratamento das Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, com a prerrogativa de ser devidamente informado sobre a incidência de tributos sobre os diversos produtos e serviços (§ 5º do artigo 150).

Até mesmo no âmbito do Direito Administrativo, sede em que vigora o princípio da supremacia do interesse Público sobre o do particular, no tocante aos concessionários e permissionários de serviços públicos, a preocupação do constituinte com o usuário / consumidor ficou sedimentada no inciso II, do parágrafo único, do artigo 175.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, na esteira do texto constitucional, estabelece no artigo 1º “o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

O caráter cogente se evidencia no que se refere às cláusulas abusivas, nos termos do artigo 51, do CDC, que as fulmina de nulidade, ou mesmo antes, nos artigos 39 a 41, que versam sobre as práticas abusivas. Acerca do interesse social, tem-se que o CDC tem o desiderato de retirar da marginalidade uma enorme coletividade de consumidores acudados pelo poder econômico, dotando-a de instrumentos de acesso à justiça, seja de forma individual, seja coletiva. (WATANABE, 2001, p.24-26)

5.3 Da legitimação para a defesa de direito de consumidor em juízo

Relevante assinalar, consoante o inciso II, do parágrafo único, do artigo 81, do CDC¹, que o substrato fático em trato, referindo-se a direito dos clientes da Golden Cross Assistência Internacional de Saúde, residentes no Distrito Federal, enquadra-se perfeitamente na figura do direito coletivo, para cuja defesa em juízo o artigo 82, do mesmo código, arrolou os legitimados, entre esses o Distrito Federal.

Comentando sobre a ampliação da legitimação para agir, os autores do anteprojeto do CDC apontam:

A legitimação para agir foi ampliada não somente para ensejar o acesso às demandas essencialmente coletivas (art. 81, parágrafo único, nº I e II), como também para permitir a tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais ligados entre si pelo vínculo da homogeneidade.

A ampliação foi ao ponto de permitir que as entidades e órgãos da administração pública direta e indireta, mesmo sem personalidade jurídica, possam ter acesso à justiça, desde que especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código (art. 82, n° III). As associações passaram a ter legitimação *ad causam* pela só autorização estatutária decorrente da enunciação de seus fins institucionais (art. 82, n° IV). (WATANABE, 2001, p.730)

Assim, até mesmo entes não dotados de personalidade jurídica estão legitimados para a defesa do consumidor em juízo, o que revela o escopo da norma consumerista de salvaguardar, da maneira mais ampla possível, no âmbito individual ou coletivo o direito do consumidor.

Na hipótese concreta em análise, malgrado na decisão reformada se tenha reconhecido a legitimidade do Distrito Federal, apontou-se que a esse ente federativo, embora legitimado, faltava interesse.

Consoante lição do Professor Gregório Assagra de Almeida, a afirmação de direito coletivo faz presumir a legitimidade constitucional do Ministério Público ou de qualquer outro legitimado, prescindindo de qualquer investigação acerca da titularidade do direito. (ALMEIDA, 2003, p. 574).

Continua o autor afirmando que é o *princípio da presunção de legitimidade "ad causam" pela afirmação de direito*, que se aplica a todos os legitimados elencados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

Esse princípio da presunção da legitimidade pela afirmação de direito também se aplica aos outros legitimados coletivos ativos, por força do que dispõe a Constituição no seu artigo 129, § 1, e a legislação infraconstitucional (arts. 82 do CDC e 5ª da LACP, dentre outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes. (ALMEIDA, 2003, p. 574).

Dessa forma, a alegação de ausência de interesse por parte do Distrito Federal não se sustenta, razão pela qual, no Acórdão em comento, operou-se a correção de entendimento divorciado do atual estágio de desenvolvimento do Direito Coletivo.

5.4 Ação Civil Pública

O Professor Hugo Nigro Mazzilli, dissertando sobre o a ação civil pública, esclarece:

Ação civil pública ou ação coletiva, como prefere o Código do Consumidor, passou a significar, portanto, não só aquela proposta pelo Ministério Público, como a proposta pelos demais legitimados ativos do art. 5º da Lei n. 7.347/85 e do art. 82 do CDC, e ainda aquela proposta pelos sindicatos, associações de classe e outras entidades legitimadas na esfera constitucional, sempre com objetivo de tutelar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (isto é, confere-se agora um enfoque subjetivo-objetivo, baseado na titularidade ativa e no objeto específico da

prestação jurisdicional pretendida na esfera cível). (MAZZILLI, 1994, p., 35)

Perfeita interação é aquela entre o Código do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública, como se lê dos artigos 90, 110, 117, todos do CDC, de forma que estão incorporados ao sistema de defesa do consumidor as inovações introduzidas pela Lei 7.347/85, da mesma forma que a esta são aplicáveis todos os avanços do CDC. (WATANABE, 2001, p.732)

Essa interação constitui o sistema de tutela coletiva para a defesa do consumidor (direito coletivo), incidindo, na espécie, as regras de legitimação previstas no artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública, bem como as do artigo 82, da Lei 8.078/90.

Dessa forma, sendo a Ação Civil Pública um dos instrumentos para a defesa de direito de consumidores em juízo, o Distrito Federal tem plena legitimidade para seu manejo, por expressa determinação desse sistema de tutela coletiva.

Os autores do anteprojeto do CDC, tratando especificamente do tema, esclarecem:

LEGITIMAÇÃO DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS – A ampla legitimação dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos dos consumidores decorre de mandamento constitucional. O inc. XXXII do art. 5º, CF, com efeito, dispõe expressamente que incumbe ao Estado (no sentido amplo) promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. E a defesa em juízo é certamente, uma das formas mais importantes de exercício dessa atribuição. (WATANABE, 2001, p.758)

Dessa forma, nos termos do posicionamento doutrinário transcrito, a legitimidade do Distrito Federal para ajuizar ação civil pública em defesa de direito coletivo (direito de consumidores), decorre, na verdade, da própria Constituição da República.

Registre-se, outrossim, a superação da *summa divisio* tradicional (Direito Público e Direito Privado) pela *summa divisio* constitucionalizada, consistente no Direito Individual e no Direito Coletivo, ambos inseridos nos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Finalmente, valorosa lição do Professor Gregório Assagra de Almeida, nos seguintes termos:

Nesse diapasão, observa-se que não existe efetivamente Estado Democrático de Direito sem instrumentos eficazes de tutela dos interesses e direitos coletivos. Somente haverá a transformação da realidade social com a real implementação do Estado Democrático de Direito, quando for possível a proteção e a efetivação do direitos primaciais da sociedade, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, ao consumidor, etc. (ALMEIDA, 2003, p. 144) Assim, a decisão reformada viola o princípio do estado democrático de direito, na medida em que nega efetividade a um direito constitucional fundamental, cujo exercício não pode encontrar qualquer obstáculo senão os estabelecidos pelo próprio texto constitucional.

6. Conclusão

O acórdão em apreço, acertada e incisivamente, corrigindo o *decisum* em sentido diverso, reconheceu a legitimidade ativa do Distrito Federal para a propositura de Ação Civil Pública para a defesa de direito de consumidores residentes no Distrito Federal (associados da GOLDEN CROSS – Assistência Internacional de Saúde), portanto, de direito coletivo, nos termos do inciso II, do parágrafo único, do artigo 81, do CDC.

A legitimidade e interesse do Distrito Federal evidenciam-se no interesse público insito ao direito coletivo afirmado, bem como no caráter constitucional da obrigação do Estado no tocante à defesa do consumidor.

Consoante já afirmado, na espécie, incide o *princípio da presunção de legitimidade “ad causam” ativa pela afirmação de direito*, não havendo de se perquirir da existência de interesse por parte do ente legitimado.

Referência:

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo : Saraiva, 2003.
- DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N. 6 (jan/jun. 2006). Belo Horizonte : Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2006.
- MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 6 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- WATANABE, Kazuo. et.al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7 ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001.

Nota

¹ Interesses ou direito coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

4.7 LÍNGUA E LINGUAGEM

4.7.1 Comentários lingüísticos sobre o CPC (SEGUNDA PARTE): o verbo haver impessoal e a hipercorreção

Cláudio Márcio Bernardes

*Servidor do Ministério Público de Minas Gerais
Bacharel em Letras. Pós-graduado em Lingüística.
Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Público
claudiombernard@uol.com.br ou cbernardes@mp.mg.gov.br*



Cláudio M. Bernardes

É bastante comum no meio jurídico a hipercorreção, preocupação em utilizar ao extremo a língua formal culta, o que, paradoxalmente, resulta em equívocos lingüísticos. Essa pode ser uma das explicações por que determinados textos legais apresentam desvios gramaticais. Como resultado disso, as peças processuais, artigos de opinião, jurisprudências costumam reproduzir em cadeia tais impropriedades.

reproduzindo a incorreção do ECA. Deve-se pensar: *se está no texto legal é porque está certo*. Nem sempre é assim. Mesmo o Código de Processo Civil, escrito em 1973, numa época em que o formalismo era uma imposição política, não está a salvo de cometer desvios da língua culta.

Pois vamos aos comentários sobre o CPC, que, inclusive, traz no seu art. 156 a preocupação com a escrita protocolar: “Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo”. O tema escolhido desta edição é o uso do verbo haver plural em algumas ocorrências no CPC. Em certos casos ele é plenamente justificável; em outros (como no art. 1.167), não.

Recentemente, discutiu-se aqui sobre o uso do elemento de composição *socio* quando se agrega a outra palavra para dar-lhe sentido de sociedade ou social. No Estatuto da Criança e do Adolescente lá está a palavra socio-educativa, escrita assim, separada por hífen. Segundo a ortografia, nunca haverá tal separação. Logo, em vez de vermos escrito socioeducativo, presenciamos uma série de pessoas

Em se tratando de pessoas que utilizam a língua formal, verifica-se um receio quanto ao uso do verbo haver no plural: *haviam, houveram, haverão*. Elas são formas verbais corretas desde que não sejam usadas com o sentido de *ocorrer, existir* ou *fazer* (tempo decorrido). A idéia é que o verbo haver, com esses sentidos, não tem um sujeito, ou seja, ele é impessoal. É o que se pode constatar nesta frase: *Havia tempos não chovia tão forte*

em *Belo Horizonte*. Não há um sujeito expresso, diferentemente do que ocorre em inglês, como no caso: *It has been raining a lot recently*. O *it* tem a função de sujeito da informação: *tem chovido bastante recentemente*. Em português nós não temos essa estrutura; logo, a regra, nesse caso, é a da impessoalidade.

Já quando o sujeito é pessoal, ou seja, existe alguém ou algo que funciona como tópico da informação, justifica-se plenamente a flexão do verbo *haver*. Todos os exemplos abaixo foram extraídos do CPC e abonam a forma plural. É o modo correto, portanto. Convém observar que todas as vezes que aparecer o *haver* flexionado, nos nossos exemplos, ele surgirá como auxiliar de outro verbo. Para facilitar o entendimento, os sujeitos, aqueles que comandam a informação, estarão destacados.

Exemplo 1: art. 421. O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo. (...) § 2º Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do *perito e dos assistentes*, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que **houverem** informalmente examinado ou avaliado.

Exemplo 2: art. 472. (...) Nas causas relativas ao estado de pessoa, se **houverem** sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, *todos os interessados*, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Exemplo 3: art. 559(..) Se *ambos os recursos* **houverem** de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo.

Exemplo 4: art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora (...) III - se, havendo bens no foro da execução, *outros (bens)* **houverem** sido penhorados.

Exemplo 5: art. 1.168. Regressando o ausente nos 10 (dez) anos seguintes à abertura da sucessão definitiva ou algum dos seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes só poderão requerer ao juiz a entrega dos bens existentes no estado em que se acharem, ou sub-rogados em seu lugar ou o preço que *os herdeiros e demais interessados* **houverem** recebido pelos alienados depois daquele tempo.

Exemplo 6: art. 1.055. A habilitação tem lugar quando, por falecimento de qualquer das partes, *os interessados* **houverem** de suceder-lhe no processo.

Em todas as vezes que o verbo *haver* apareceu no plural, ele foi acompanhado por um verbo principal, formando uma

locução, e por um sujeito (grifado). Logo, o verbo é pessoal e flexiona-se de acordo com seu sujeito (em todos os exemplos dados, todos os sujeitos estão no plural).

Por outro lado, quando o verbo *haver* tiver o mesmo sentido de *ocorrer*, *existir* ou *fazer* (tempo decorrido), ele será sempre conjugado no singular, conforme já fora abordado e exemplificado acima.

Pois então, veremos como o verbo *haver* aparece no art. 1.167: “A sucessão provisória cessará pelo comparecimento do ausente e converter-se-á em definitiva: (...) III - quando o ausente contar 80 (oitenta) anos de idade e **houverem** decorrido 5 (cinco) anos das últimas notícias suas”.

Percebe-se, no caso da 2ª oração, que não há um sujeito. O verbo *haver* é impessoal e, portanto, não deve ser flexionado. Ficaria assim a redação: (...) “III - quando o ausente contar 80 (oitenta) anos de idade e **houver** decorrido 5 (cinco) anos das últimas notícias suas”.

Para reforçar o entendimento é só substituir *houver decorrido* por *fizer*: “III - quando o ausente contar 80 (oitenta) anos de idade e **fizer** 5 (cinco) anos das últimas notícias suas”. Por óbvio, não se pode imaginar o verbo *fizer* no plural. Seria o mesmo que se dissesse: *Fazem cinco anos desde as últimas notícias suas*. E isso não seria coerente com a língua culta.

Outro caso, no CPC, que parece ter sido contaminado pela hipercorreção é o § 2º do artigo 10: “Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composses ou de ato por ambos **praticados**”. O ato deve ser **praticado** (no singular) por ambos. Como se vê, a ordem indireta (a preferida dos textos legais) prejudicou a flexão do verbo. Por que então não se optou pela ordem direta, que é mais clara? Não seria uma influência dos escritores clássicos, principalmente dos parnasianos, à Olavo Bilac?

Ninguém está imune à hipercorreção. Seja para compor um texto de concurso, seja para escrever um artigo, a tentativa de impressionar pela retórica revela-se evidente. Nos textos jurídicos, tal prática é ainda mais difundida.

O ideal da redação que pretende ser clara é tentar alcançar a objetividade formal e sempre imaginar o leitor, e como ele iria receber a mensagem. Se a escrita é fechada em si mesma, com certeza não vai ter a repercussão que se espera de um texto eficiente. E este deveria ser o principal objetivo do texto legal: fazer-se entender pelo maior número de pessoas.

4.8 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.8.1 Ciência Sistêmica da Terra e Ciência de Gaia: duas tendências do pensamento holístico na visão de Stephan Harding¹

Luciano José Alvarenga

Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Mestrando em Evolução Crustal e Recursos Naturais (UFOP)

1. Introdução

Não se pode negar que a ciência moderna, derivada da Revolução Científica iniciada no séc. XVII, contribuiu para a explicação dos fenômenos naturais. Contudo, pensadores de vários campos do conhecimento têm vindo a alertar que pressupostos específicos dessa ciência favorecem a expansão e o aprofundamento da crise socioambiental por que a humanidade está a passar. Com essa percepção, eles vêm propondo uma nova ciência, *holística*, isto é, capaz de compreender sistemas ambientais como *totalidades*, e não como simples somatórios de parcelas isoladas metodologicamente. No texto *Earth System Science and Gaian Science*, Stephan Harding, depois de traçar os contornos gerais da “ciência convencional”, aborda o processo de formação do pensamento científico holístico, visualizando nele duas tendências fundamentais: a ciência sistêmica da Terra, decorrente de uma perspectiva “descolada” da óptica científica ortodoxa, e a ciência *Gaia*, que se articula diretamente com o movimento da ecologia profunda.

2. A Revolução Científica

A ciência convencional, fruto da conjugação de idéias filosóficas de pensadores como Bacon², Galileo, Newton, Descartes e Laplace, entre outros, que nega visões de mundo baseadas no senso comum, na experiência subjetiva e na intuição, pressupõe que: (a) o homem situa-se à parte da natureza, cabendo à ciência e à técnica seu controle, em função dos interesses do primeiro; (b) a experiência subjetiva, imaterial e insuscetível de quantificação, é desprovida de valor na compreensão dos fenômenos; (c) o mundo pode ser suficientemente explicado como se fosse uma máquina; e (d) leis matemáticas e variáveis quantitativas bastam para descrever, com fidedignidade, padrões de funcionamento da natureza e do comportamento humano.

3. Da ciência convencional à ciência holística

Para a ciência moderna, sistemas complexos são plenamente descritos a partir das propriedades de suas partes constituintes. Todavia, na primeira metade do séc. XX, descobriu-se que esses sistemas apresentam propriedades *emergentes*, isto é, não derivantes do simples somatório das propriedades de seus elementos integrantes. São características qualitativas que emergem dos sistemas complexos vistos como *totalidades*,

em decorrência das *relações* específicas que seus componentes mantêm uns com os outros. Essa é a razão pela qual a ciência holística, em contraste com a convencional, volta sua atenção para os *relacionamentos*³ (de interdependência, cooperação, solidariedade etc.) estabelecidos entre os objetos, e não para cada um deles em particular.

Adicionalmente, se, de um lado, a teoria do caos e a física quântica colocaram em xeque a previsibilidade e a certeza do conhecimento científico moderno, tem-se reconhecido, por outro, que o processo de construção do conhecimento não é puramente objetivo, e muito menos neutro. Com efeito, ele é influenciado pela forma como o cientista interage com o seu meio, bem assim pelos valores, métodos e crenças políticas, sociais, econômicas etc. que o observador traz consigo.

4. Duas modalidades de ciência holística

S. Harding reconhece duas modalidades de ciência holística. A primeira delas, a que denomina *descolada* (da ciência convencional), consiste, em rigor, numa versão “mais holística” da ciência ortodoxa. Trata-se de uma prática científica que, apesar de reconhecer as propriedades emergentes de sistemas complexos e de questionar a fragmentação disciplinar dos saberes, continua a apregoar uma abordagem excessivamente analítica e controladora da natureza, negando, por outro lado, a relevância do conhecimento intuitivo (senso comum).

A segunda modalidade de ciência holística, qualificada como *participativa*, diferencia-se da primeira em razão de suas premissas epistemológicas e filosóficas centrais. Seus defensores afirmam que: (a) o homem está radicalmente incluso, imerso no mundo natural, como *um participante* dele; (b) o ambiente possui *valor intrínseco* (*per se*), independentemente da aplicação utilitária de seus elementos; (c) o conhecimento científico deve propiciar a *integração* do homem à natureza, e não o controle desta; e (d) a intuição, a empatia e o senso comum têm valor no processo de construção do conhecimento.

5. Ecologia profunda

A ciência holística participativa articula-se, diretamente, com a ecologia profunda (*deep ecology*), movimento que, além de criticar acentuadamente o paradigma dominante, postula uma

radical mudança de percepção da natureza, a partir de uma experiência de sintonia e *empatia* (não puramente racional, portanto) com o sistema *Gaia*, isto é, com o planeta inteiro visto como um organismo vivo, portador de significado existencial próprio.

6. Ciências da Terra e ciência de Gaia

S. Harding associa a expressão “ciências [sistêmicas] da Terra” à perspectiva holística “descolada” (da ciência ortodoxa), realçando que a prática científica e tecnológica resultante dessa perspectiva ainda vê o planeta como um complexo de “mecanismos”, que devem ser controlados em função do atendimento às demandas (especialmente econômicas) do homem, situado no centro do sistema. A ciência de *Gaia*, por sua vez, ao reconhecer os padrões de organização próprios do planeta, defende que o conhecimento científico deve promover a confluência dos objeti-

vos humanos com o processo evolutivo de *Gaia*⁴. Questiona-se, assim, a visão antropocêntrica da vida, da qual derivam as técnicas de intervenção no sistema Terra, baseadas numa “inevitável” exigência de atendimento dos interesses humanos.

7. Observações finais

A ciência de *Gaia* incita à compreensão do planeta como um *organismo vivo*, bem como à superação do pensamento de que a natureza pode ser controlada em função dos interesses do homem. Sob essa nova perspectiva, o atendimento das necessidades humanas deve respeitar os padrões de organização próprios de *Gaia*. Por esse motivo, essa nova ciência, orientada para a compreensão dos referidos padrões de organização, implica uma necessária complementação com práticas econômicas, sociais, culturais etc. informadas por um “princípio” ou “ser” ecológico.

Notas

¹ Resenha técnica do texto “Earth System Science”, de Stephan Harding (*Proceedings of the International School on Earth and Planetary Sciences, University of Siena, 2001*, p. 227-233).

² Embora o pensamento de Bacon tenha contribuído para o desenvolvimento das bases do paradigma científico moderno, não se pode negligenciar sua afirmação de que “[...] só podemos vencer a natureza *obedecendo-lhe*”. Ver BACON, F. *Novum Organum*. Madrid: Nueva Biblioteca Filosófica, 1993, p. 6.

³ Sobre essa nova visão, Santos refere que os objetos têm fronteiras “[...] cada vez menos definidas; são constituídos por anéis que se entrecruzam em teias complexas com os dos restantes objectos, a tal ponto que os objectos em si são menos reais que as *relações* entre eles”. Ver SANTOS, B. S. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, v. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000, p. 71).

⁴ Pensamento equivalente também é encontrado no campo teológico. Storniolo, interpretando o Livro do Eclesiastes (*Qohélet*, em hebraico), conclui que “[...] a estrutura do humano deve atingir e coincidir com a estrutura da natureza, de modo a não violá-la ou deformá-la. A correta forma de trabalhar a natureza é co-laborar com ela, e não trabalhar *contra* ela”. Ver STORNILO, I. *Trabalho e felicidade*. São Paulo: Paulus, 2002, p. 147.

4.8.2 Indicação de obra de outra área

4.8.2.1 TRIGUEIRO, André. **Meio Ambiente no Século XXI: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, 368p.

O livro traz a contribuição de diversas autoridades dos três Poderes da República além de renomados representantes da sociedade civil para tratar da questão afeta ao meio ambiente enquanto conceito relacionado às diversas áreas do conhecimento. Não se trata de uma abordagem meramente jurídica acerca do tema meio ambiente: o livro vai além, partindo da premissa de que o

meio ambiente nos revela um universo apaixonante onde tudo está conectado, cada pequena parte constitui o todo e o conhecimento não é estanque. A percepção dessa visão ambiental mais insere num movimento virtuoso de construção a cidadania no seu sentido superlativo: a cidadania ecológica planetária, tão necessária e bem vinda no século 21 (p. 16-17).

Nas palavras do próprio coordenador e colaborador da obra, André Trigueiro:

A pretensão do livro *Meio ambiente no século 21* é oferecer as ferramentas necessárias para que as pessoas de diferentes faixas etárias, níveis de instrução e de interesse sobre o assunto possam ampliar a sua consciência ambiental e a sua participação cidadã. Neste início de século 21, em que a Humanidade enfrenta o esgotamento acelerado dos recursos naturais do planeta num ritmo sem precedentes na História, reunimos 21 textos inéditos de autores que foram desafiados a explicar de forma clara e objetiva como a questão ambiental se insere nas suas respectivas áreas de conhecimento e nos meios em que atuam.



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