

**As atribuições e as garantias constitucionais  
do Ministério Público  
como cláusulas superconstitucionais**  
**Gregório Assagra de Almeida**

**ENTREVISTA:**  
**Joseph Capone**

**Público**  
Constitucional  
Administrativo  
Institucional

**Coletivo**  
Material e Processual

**Civil**  
Material e Processual

**Penal**  
Material e Processual

**Informações Variadas**

Disseminare

## Expediente

Procurador-Geral de Justiça  
**Jarbas Soares Júnior**

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

**Procurador de Justiça Jacson Rafael Campomizzi**

Corregedor-Geral

**Procurador de Justiça Antônio de Padova Marchi Júnior**

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico  
**Alceu José Torres Marques**

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo  
**Paulo Roberto Moreira Cañado**

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional  
**Fernando Antônio Fagundes Reis**

Secretário-Geral  
**Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins**

Chefe-de-Gabinete  
**Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bitencourt**

Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça – CAP

**Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira**

Diretor-Geral  
**Fernando Antônio Faria Abreu**

Coordenação Editorial

**Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida**

**Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho**

**Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida**

Revisão

**Cláudio Márcio Bernardes**

Redação

**Cláudio Márcio Bernardes**

**Fernando Soares Miranda**

**Marcelo Fernandes Magalhães da Rocha**

**Samuel Alvarenga Gonçalves**

Diagramação

**Bernardo José Gomes Silveira**

**Cláudio Márcio Bernardes**

**Marco Antônio Gibim**

Fotos

**Alex Lanza / ASC-PGJMG**

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



Jarbas Soares Júnior  
Procurador-Geral de Justiça

Jacson Campomizzi  
Procurador de Justiça  
Diretor do CEAF

|                                                                                                                                                                                        |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA</b>                                                                                                                                       | 8  |
| Jarbas Soares Júnior                                                                                                                                                                   |    |
| <b>II APRESENTAÇÃO</b>                                                                                                                                                                 | 8  |
| Jairo Cruz Moreira                                                                                                                                                                     |    |
| <b>III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL</b>                                                                                                                                               | 9  |
| <b>1 MATÉRIA DE CAPA</b>                                                                                                                                                               |    |
| <b>1.1 As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais</b>                                                                     | 10 |
| Gregório Assagra de Almeida                                                                                                                                                            |    |
| <b>2 ENTREVISTA</b>                                                                                                                                                                    |    |
| <b>2.1 Joseph Capone</b>                                                                                                                                                               | 18 |
| <b>3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL</b>                                                                                                                              |    |
| <b>3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL</b>                                                                                                                     |    |
| <b>3.1.1 O valor jurídico do preâmbulo</b>                                                                                                                                             | 24 |
| Luciana Teixeira Guimarães Christofaro                                                                                                                                                 |    |
| <b>3.1.2 Atividade político-partidária por membros do Ministério Público: análise da alínea “e” do inciso II do § 5º do artigo 128 na redação da Emenda Constitucional n.º 45/2004</b> | 25 |
| Renato Franco de Almeida                                                                                                                                                               |    |
| <b>3.1.3 Estado e Direito</b>                                                                                                                                                          | 27 |
| Reis Friede                                                                                                                                                                            |    |
| <b>3.1.4 Dispensabilidade de autorização legislativa municipal para concessão de prestação de serviço público de saneamento básico pelo prefeito municipal</b>                         | 30 |
| Nélcio Costa Dutra Jr.                                                                                                                                                                 |    |
| <b>3.1.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área</b>                                                                                                                            |    |
| <b>A) Obras doutrinárias</b>                                                                                                                                                           |    |
| <b>3.1.5.1 BAUM, Lawrence. A suprema corte americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo</b>                                       | 31 |
| <b>3.1.5.2 MARSHALL, John. Decisões constitucionais de Marshall</b>                                                                                                                    | 31 |
| <b>B) Artigos</b>                                                                                                                                                                      |    |
| <b>3.1.5.3 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito</b>                                                                                          | 31 |
| <b>3.1.5.4 DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo</b>                     | 31 |

### 3.1.6 Jurisprudências da área

- 3.1.6.1 TJRS, 1ª Câmara Cível.** *O Ministério Público pode requisitar prontuário de pacientes para o exercício de sua função. Ausência de violação a sigilo médico-profissional* 32
- 3.1.6.2 STF, Pleno.** *Lei 9.536/97. Possibilidade da transferência ex officio, entre instituições de ensino, de estudante servidor público federal civil ou militar [ou seus dependentes], desde que a natureza jurídica dos estabelecimentos de ensino envolvidos seja a mesma* 32
- 3.1.6.3 STF, 1ª Turma.** *A aposentadoria compulsória aos 70 anos não se aplica aos notários e registradores, pois, apesar de exercerem função estatal, não são considerados titulares de cargos públicos efetivos* 32
- 3.1.6.4 TJMG, 5ª Câmara Cível.** *O Ministério Público, via ação civil pública, pode impugnar critérios de desempate previstos em edital de concurso público. Inconstitucionalidade de critérios que levam em conta o tempo de serviço público prestado e o tempo de residência no território do respectivo ente federativo onde se realiza o certame. Violação aos princípios da isonomia, moralidade e razoabilidade, ao privilegiar um grupo restrito de pessoas* 32

## 3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

- 3.2.1 O conceito doutrinário do direito coletivo** 34  
Senilton Fernandes Garcia
- 3.2.2 Do dano moral individual ao dano moral coletivo e difuso** 36  
Jamine Gonçalves Bedram
- 3.2.3 Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa oriunda de dano ambiental** 38  
José Castellões Menezes Neto
- 3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área**
- A) Obras doutrinárias**
- 3.2.4.1 GIDI, Antonio.** **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada** 39
- 3.2.4.2 VENTURI, Elton.** **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos** 40
- 3.2.4.3 FARIAS, Talden.** **Direito Ambiental: Tópicos Especiais** 40
- B) Artigos**
- 3.2.4.4 ALMEIDA, Maria Carmen Cavalcanti de.** **A ética das virtudes e o meio ambiente** 41
- 3.2.4.5 CABRAL, Antonio do Passo.** **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas** 41
- 3.2.5 Jurisprudências da área**
- 3.2.5.1 STJ, 1ª Turma.** *Direito individual homogêneo do consumidor do serviço de telefonia celular à informação clara, precisa e detalhada sobre suas faturas. Impossibilidade de condicionar tal direito a qualquer encargo* 42

**3.2.5.2 TJMG, 5ª Câmara Cível.** *Tutela dos direitos individuais e indisponíveis dos idosos pode e deve ser feita pelo Ministério Público via mandado de segurança* 42

**3.2.5.3 TJMG, 4º Grupo de Câmaras Cíveis.** *Possibilidade de fornecimento de remédio não padronizado pelo SUS, mesmo que receitado por médico particular, tendo em vista o amplo e universal acesso à saúde consagrado na CF/88* 43

### 3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

**3.3.1 Da carga meritória da decisão que converte em retido o agravo de instrumento interposto contra indeferimento de tutela de urgência** 44  
Marcelo Oliveira Costa

**3.3.2 A influência da economia no sistema de recuperação e falência de empresas** 45  
Jean Carlos Fernandes

**3.3.3 teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo** 48  
Leonardo Barreto Moreira Alves

#### 3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

##### A) *Obras doutrinárias*

**3.3.4.1 SILVA, Sandra Maria da. Direito de filiação: O valor do exame de DNA** 50

**3.3.4.2 CIANCI, Mirna (Coord.). Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar** 50

**3.3.4.3 FERREIRA, Keila Pacheco. Abuso do direito nas relações obrigacionais** 51

##### B) *Artigos*

**3.3.4.4 GRECO, Leonardo. Concurso e cumulação de ações** 51

**3.3.4.5 GOMES, Daniela Vaconcellos. A evolução do sistema do direito civil: do individualismo à sociedade** 51

#### 3.3.5 Jurisprudências da área

**3.3.5.1 STJ, 3ª Turma.** *A renúncia a alimentos em ação de separação judicial não gera coisa julgada para ação indenizatória decorrente dos mesmos fatos que, eventualmente, deram causa à dissolução do casamento* 52

**3.3.5.2 STJ, 3ª Turma.** *Com a morte do autor antes do trânsito em julgado da ação de divórcio, o cônjuge sobrevivente é considerado viúvo. Implicações no campo sucessório e na seara dos eventuais direitos previdenciários* 52

**3.3.5.3 TRF - 4ª Região, 3ª Turma.** *Ação de exibição de documentos utilizada para fins de identificação de emissor de e-mail* 52

### 3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

**3.4.1 Espécies de autoria em Direito Penal** 53  
Luiz Flávio Gomes

|                                                                                                                                                                                                                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>3.4.2 Da inconstitucionalidade do novel art. 41 da Lei 11.340/06 e da necessidade da utilização do método da Interpretação conforme a Constituição, firmando-se a competência do Juizado Especial Criminal para as infrações de menor potencial ofensivo</b> | 54 |
| Vinícius Souza Chaves                                                                                                                                                                                                                                           |    |
| <b>3.4.3 Da possibilidade de os Estados-Membros poderem estabelecer modalidade de falta grave quando do cumprimento da pena privativa de liberdade</b>                                                                                                          | 55 |
| Turíbio Barra de Andrade                                                                                                                                                                                                                                        |    |
| <b>3.4.4 Legitimidade ativa para propor suspensão condicional do processo e transação penal na ação penal exclusivamente privada: MP ou querelante?</b>                                                                                                         | 56 |
| Tatiana Pereira                                                                                                                                                                                                                                                 |    |
| <b>3.4.5 Tutela penal da discriminação e do preconceito</b>                                                                                                                                                                                                     | 57 |
| André Luiz dos Santos                                                                                                                                                                                                                                           |    |
| <b>3.4.6 Obras doutrinárias e artigos indicados na área</b>                                                                                                                                                                                                     |    |
| <b>A) Obras doutrinárias</b>                                                                                                                                                                                                                                    |    |
| 3.4.6.1 BRODT, Luís Augusto Sanzo. <b>Do estrito cumprimento de dever legal</b>                                                                                                                                                                                 | 58 |
| 3.4.6.2 PUPPE, Ingeborg. <b>A distinção entre dolo e culpa</b>                                                                                                                                                                                                  | 58 |
| <b>B) Artigos</b>                                                                                                                                                                                                                                               |    |
| 3.4.6.3 SILVA, Pablo Rodrigo Afflen da. <b>Panorama da concepção atual de culpabilidade</b>                                                                                                                                                                     | 59 |
| 3.4.6.4 SANTOS, Elise Silveira dos. <b>Da constitucionalidade do tratamento diferenciado para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher</b>                                                                                                    | 59 |
| <b>3.4.7 Jurisprudências da área</b>                                                                                                                                                                                                                            |    |
| 3.4.7.1 TJMG, 1º Grupo de Câmaras Criminais. <i>O Ministério Público é parte legítima para propor revisão criminal em favor do condenado</i>                                                                                                                    | 59 |
| 3.4.7.2 TJMG, 4ª Câmara Criminal. <i>Porte de faca de cozinha não configura, por si só, a contração penal tipificada no art. 19 da LCP</i>                                                                                                                      | 60 |
| 3.4.7.3 TJMG, 1ª Câmara Criminal. <i>Crime de tortura cometido por policial civil. Perda da função pública e interdição do seu exercício pelo dobro do prazo da pena</i>                                                                                        | 61 |
| 3.4.7.4 STF, 2ª Turma. <i>Possibilidade de o Promotor de Justiça de 1ª Instância impetrar Habeas Corpus diretamente perante o Supremo Tribunal Federal</i>                                                                                                      | 61 |

## 4 INFORMAÇÕES VARIADAS

### 4.1 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS MINISTÉRIOS PÚBLICOS

|                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>4.1.1 Carta de Brasília</b>                                         | 62 |
| Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente - ABRAMPA |    |

### 4.2 CRIMES HEDONDOS E PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL

|                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>4.2.1 Lei 11.464/2007. “Novatio legis in mellius”. Direito intertemporal. Aplicação imediata aos condenados por crime hediondo</b> | 63 |
| Charles Daniel França Salomão                                                                                                         |    |

|                                                                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>4.2.2 A retroatividade da Lei 11.464, de 29/03/2007</b>                                                                                                         | 64 |
| Marina Kattah                                                                                                                                                      |    |
| <b>4.3 VISÃO CRÍTICA SOBRE O DIREITO</b>                                                                                                                           |    |
| <b>4.3.1 A insuficiência da dogmática jurídica no direito contemporâneo</b>                                                                                        | 65 |
| Riany Alves de Freitas                                                                                                                                             |    |
| <b>4.4 COMPETÊNCIA NA JUSTIÇA MILITAR</b>                                                                                                                          |    |
| <b>4.4.1 Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual</b>                                                                                                          | 68 |
| Fernando A. N. Galvão da Rocha                                                                                                                                     |    |
| <b>4.5 NOVA LEI DE DROGAS EM DEBATE - II</b>                                                                                                                       |    |
| <b>4.5.1 Associação ocasional (artigo 18, III, da Lei nº. 6.368/76)</b>                                                                                            | 71 |
| Eloísa de Souza Arruda e César Dario Mariano da Silva                                                                                                              |    |
| <b>4.6 QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE O DIREITO REGISTRAL E NOTARIAL</b>                                                                                                 |    |
| <b>4.6.1 A possibilidade da lavratura da escritura de compra e venda e o posterior registro de imóvel indivisível sem a necessidade de anuência dos condôminos</b> | 72 |
| Alexandre Artur Mendes Soares                                                                                                                                      |    |
| <b>4.7 COMENTÁRIO A JURISPRUDÊNCIA</b>                                                                                                                             |    |
| <b>4.7.1 Interceptação telefônica em ação de execução de alimentos</b>                                                                                             | 74 |
| Leonardo Barreto Moreira Alves                                                                                                                                     |    |
| <b>4.8 JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL</b>                                                                                                                            |    |
| <b>4.8.1 Justiça Argentina. Danos Morais Coletivos. Destruição de imóvel de valor cultural</b>                                                                     | 76 |
|                                                                                                                                                                    |    |
| <b>4.9 LÍNGUA E LINGUAGEM</b>                                                                                                                                      |    |
| <b>4.9.1 Análise do uso da polifonia no artigo “Da prorrogação das interceptações telefônicas”</b>                                                                 | 77 |
| Cláudio Márcio Bernardes e Gustavo Ximenes                                                                                                                         |    |
| <b>4.10 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR</b>                                                                                                                               |    |
| <b>4.10.1 Mudança no mundo contemporâneo e seus impactos nas pessoas e nas empresas</b>                                                                            | 78 |
| Yara Rodrigues Pereira e Fernanda Calzavara de Sousa                                                                                                               |    |
| <b>4.10.2 Indicação de obra de outra área</b>                                                                                                                      |    |
| <b>4.10.2.1 CAPRA, Fritjof. O Tao da Física: um paralelo entre a Física Moderna e o Misticismo Oriental</b>                                                        | 80 |

## 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),**

Infelizmente, todos nós temos acompanhado nos últimos tempos as notícias de grandes escândalos políticos assim como outros verdadeiros atentados ao espírito democrático da República.

Mais que nunca, é necessário que as instituições vocacionadas à defesa do Estado Democrático de Direito, dos direitos dos cidadãos e da ordem jurídica justa, livre, igualitária estejam aparelhadas e prontas para a atuação intransigente na defesa de todos esses magnos e imprescindíveis valores da nossa sociedade.

Nesse sentido, a atualização jurídica se torna cada vez mais indispensável e, firmes em nossos propósitos, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais não deixa de prestar a sua singela colaboração ao enriquecimento do debate saudável em torno do qual os operadores do direito se vêem imbuídos todos os dias.

O *MPMG Jurídico*, fruto do idealismo desta Instituição, é um instrumento que sempre estará a serviço daqueles que desejem divulgar as suas idéias, teses, experiências práticas e profissionais, sempre tendo em vista a (re)construção de uma pátria verdadeiramente soberana e fraterna. Esse é um dos mais belos e encantadores desafios do Direito, experiência que somente aqueles que militam diuturnamente nas mais variadas searas jurídicas conseguem compreender a altivez de tais propósitos e nunca desanimar diante das adversidades.

Assim como o Ministério Público brasileiro é um dos grandes aliados na busca pela realização de justiça, conclamamos você também a fazer parte dessa nova etapa de resgate da cidadania no País, o que haveremos por concretizar, seja atuando nas comarcas, ouvindo a população em audiências públicas, seja fomentando a pesquisa jurídica nos veículos de divulgação do pensamento humano.

Força, hoje e sempre.

## II APRESENTAÇÃO

**Jairo Cruz Moreira**

*Promotor de Justiça.*

*Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Mestre em Processo Civil pela Universidade Gama Filho (RJ)*

A leitura do *MPMG Jurídico* é, sem dúvida, um importante subsídio a todos os militantes da área jurídica, operadores do direito, acadêmicos, enfim, àqueles que buscam uma atualização rápida em uma abordagem pontual e direta.

A entrevista dessa edição acontece com um representante do Ministério Público Federal dos Estados Unidos, Joseph Capone, que contou a sua experiência principalmente à frente do combate ao crime organizado, lavagem de dinheiro e outras fraudes dessa natureza ocorridas naquele país.

Muitos artigos jurídicos distribuídos nas várias áreas do Direito dão o tom dinâmico ao boletim. Com temas atuais, polêmicos, outras vezes, clássicos, igualmente relevantes, pois, como dito, o objetivo é a consulta rotineira e rápida a todos os assuntos, que vão desde os ligados mais estritamente à Instituição até as questões mais específicas, como, por exemplo, a quebra de sigilo telefônico para se garantir o fornecimento de alimentos, a irretroatividade ou não da lei que alterou o cumprimento de penas dos crimes hediondos, dano moral coletivo, controle da legalidade dos atos do Poder Público *etc.*

Merece destaque, também, o material doutrinário indicado, com a resenha de livros e artigos que certamente despertará o interesse nos leitores.

O acervo de jurisprudência traz julgamentos importantes em todas as seções do *MPMG Jurídico*. Realmente, a sistematização da revista e a divisão do conteúdo facilitam em muito a consulta pelo leitor, que, por exemplo, poderá ir direto para a seção de penal e lá encontrar o material da sua área de preferência.

Por fim, nas *Informações Variadas*, diversos artigos, comentários e outras peças finalizam em grande estilo a presente edição. São assuntos bastante diversificados, nos quais procura-se atender a todas as exigências de leitura.

A todos vocês, leitores e leitoras, espero que, assim como eu, aproveitem a edição nº 8 do *MPMG Jurídico*. Se ainda não enviaram material, reitera-se o convite para participarem deste importante instrumento democrático da Instituição.

Um grande abraço a todos!



### 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 1,00 para o texto principal e 1,50 cm para as citações; folha em tamanho A-4 (210 mm x 297 mm); títulos em corpo 12, utilizando-se da mesma fonte do texto, em negrito, e, por fim, indicação da fonte bibliográfica completa em caso de citação em formato de “Notas e referências bibliográficas” ao final do texto, onde se utilizará fonte *Times New Roman*; corpo 8.

O autor deverá identificar-se e, caso seja da sua vontade, também poderá encaminhar a sua foto 3X4 (ou digital com boa resolução) e titulação correspondente para serem divulgadas junto ao corpo do texto. É necessário ainda fornecer endereço (o qual não será divulgado) para fins de encaminharmos um exemplar do boletim e certificado (ISSN) em que constar a sua contribuição.

Os textos deverão ser enviados, preferencialmente, para o e-mail [mpmgjuridico@mp.mg.gov.br](mailto:mpmgjuridico@mp.mg.gov.br), ou para o Conselho Editorial do *MPMG Jurídico* — Av. Álvares Cabral, nº 1.690, 11º andar, Edifício-Sede da Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30.170-001, Belo Horizonte (MG).

Aguardamos a sua colaboração.

Atenciosamente,

Conselho Editorial do *MPMG Jurídico*

*Jarbas Soares Júnior - Presidente*

*Paulo Roberto Moreira Caçado – Gestor Financeiro*

*Alceu José Torres Marques – Coordenador Editorial Jurídico*

*Fernando Antônio Fagundes Reis – Coordenador Editorial Institucional*

*Jacson Rafael Campomizzi – Diretor Executivo*

*Jairo Cruz Moreira – Diretor Administrativo*

*Gregório Assagra de Almeida – Coordenador Editorial*

*Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho – Coordenador Editorial*

*Renato Franco de Almeida – Coordenador Editorial*

*Carlos André Mariani Bittencourt – Coordenador de Articulação e Integração*

*Luciano Luz Badini Martins – Coordenador de Redação*

*Fernando Antônio Faria Abreu – Representante dos Servidores*

**Envio de artigos e outras informações:**

**[mpmgjuridico@mp.mg.gov.br](mailto:mpmgjuridico@mp.mg.gov.br)**

## 1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais <sup>1</sup>

Gregório Assagra de Almeida

**Gregório Assagra de Almeida**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, titular na Capital, Belo Horizonte, atualmente, assessor especial da Procuradoria-Geral de Justiça. Mestre em Direito Processual Civil e Doutor em Direito Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador e Professor do Mestrado da Universidade de Itaúna (MG)*

**Resumo:** O Ministério Público é cláusula pétrea, pois, além de a Constituição estabelecer, expressamente, que ele é instituição permanente, ela também o insere como legítimo defensor do regime democrático, cláusula pétrea por excelência, como desmembramento do Estado Democrático de Direito. O Ministério Público é, ainda, Instituição essencial à Justiça, outra cláusula superconstitucional e, por esse fundamento, ele também é cláusula pétrea. Em sendo o Ministério Público, na sua condição de Instituição constitucional, cláusula pétrea, as suas atribuições e garantias constitucionais também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais, as quais não podem ser eliminadas, nem restringidas. Nada impede, porém, a ampliação das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público, o que representa, por certo, a ampliação do próprio sentido material do regime democrático, em relação ao qual o papel constitucional do Ministério Público é fundamental. Os direitos fundamentais são cláusulas pétreas e, em sendo o Ministério Público legítimo defensor desses direitos, confirmada está, também por esse motivo, a sua natureza de cláusula superconstitucional. O caráter nacional do Ministério Público, a sua indivisibilidade, unidade, independência funcional, orçamentária e administrativa, também são cláusulas superconstitucionais. Essas diretrizes, no neoconstitucionalismo, vinculam o legislador constitucional e o infraconstitucional, o administrador público, os particulares, bem como todos os operadores do direito e, inclusive, as instituições de fiscalização do Ministério Público, incidindo no plano não só da proteção da Constituição, mas também da sua efetivação/concretização. Porém, princípios como a independência funcional e a inamovibilidade do órgão ministerial são valores constitucionais que precisam ser harmonizados, em situações concretas, com as funções constitucionais da Instituição, de forma que essas diretrizes não devem ser utilizadas como barreiras à eficácia social da atuação do próprio Ministério Público como Instituição essencial ao Estado Democrático de Direito.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A consagração do Ministério Público como Instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito. 3. Alguns aspectos das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público. 4. O Ministério Público e as suas atribuições e garantias como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. 4.1 O papel constitucional das cláusulas pétreas. 4.2 Pós-positivismo jurídico, neoconstitucionalismo e a interpretação/concretização da Constituição e das suas cláusulas superconstitucionais. 4.3 O Ministério Público como cláusula pétrea. 4.4. As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas ou superconstitucionais, a impossibilidade de sua eliminação ou restrição e a possibilidade de sua ampliação. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

“O Ministério Público, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições”.

**Paulo Bonavides** <sup>2</sup>

“São elementos do Estado brasileiro a indissolubilidade da Federação e o Estado Democrático de Direito. Elemento é o que forma, o que torna existente. Isso quer dizer que sem esses dois elementos não existe a República Federativa do Brasil”.

**Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery** <sup>3</sup>

### 1. Introdução

O presente trabalho destina-se a analisar e a defender o Ministério Público, suas atribuições e garantias constitucionais como cláusulas superconstitucionais ou pétreas que admitem ampliação, mas nunca a supressão ou a restrição.

Cláusulas superconstitucionais são cláusulas que compõem o núcleo e a estrutura de uma Constituição democrática e, por isso, não podem ser suprimidas ou restringidas pelo legislador constitucional ou infraconstitucional. No novo constitucionalismo, tais cláusulas assumem tanto a função de proteção quanto a função de efetivação/concretização da Constituição e das suas instituições democráticas — constituem-se limites materiais ao legislador reformista.

O breve texto, incluindo a introdução, está dividido em cinco tópicos, além das referências bibliográficas. Após abordar

a consagração do Ministério Público como Instituição constitucional e enfrentar alguns aspectos das suas atribuições e garantias constitucionais, a tese aborda o Ministério Público como cláusula pétrea, sustentando que as atribuições e garantias da Instituição são cláusulas superconstitucionais. Finaliza o texto o 5º tópico, contendo a apresentação de algumas premissas conclusivas.

A utilidade da tese revela-se por sua incidência nas várias dimensões no plano do Direito e das relações sociais: reformas constitucionais; orientação jurisprudencial e doutrinária; compreensão e leitura do Ministério Público como Instituição constitucional; proteção e concretização do Ministério Público como Instituição constitucional social etc.

### 2. A consagração do Ministério Público como Instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito

A consagração do Ministério Público como Instituição constitucional fundamental ocorreu, verdadeiramente, somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Algumas Constituições anteriores até dispunham sobre o Ministério Público, mas o inseriam ora no Capítulo do Poder Judiciário (CF/67), ora no Capítulo do Poder Executivo (CF/69). Todas elas não conferiram a dimensão constitucional e social que foi atribuída à Instituição pela Magna Carta de 1988.

A Constituição Imperial de 1824 não dispunha sobre o Ministério Público como Instituição, tanto que, no Capítulo reservado ao Senado (Capítulo III), previa o seu art. 48: *No Juízo dos crimes cuja acusação não pertence à Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Coroa, e Soberania Nacional.*

A primeira Constituição da República, que é a de 1891, também não tratava do Ministério Público como Instituição, dispondo sobre a matéria o Título I, na Seção III, reservada ao Poder Judiciário, estabelecendo no seu art. 58, § 2º: *O Presidente da Republica designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da Republica, cujas atribuições se definirão em lei.* Nas suas disposições gerais, art. 81, § 1º, previa a CF/1891: *A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou ex officio pelo Procurador Geral da Republica.*

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição a dispor sobre o Ministério Público em dimensão nacional<sup>4</sup>, conferindo-lhe seção própria, porém, inserida entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais (Título, Capítulo VI, seção I, arts. 95/98). O Ministério Público estava incluído ao lado do Tribunal de Contas e dos Conselhos Técnicos. Dispunha o art. 95 da CF/34: *O Ministerio Publico será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.* Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 95 consagraram as primeiras garantias constitucionais do Ministério Público. Em relação aos subsídios, a equiparação aos Ministros, no plano do Ministério Público Federal e, aos Desembargadores, no plano do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, somente era estendida em relação aos “Chefes do Ministério Público”, os quais não precisavam ser de carreira. Aos demais membros nomeados mediante concurso público, dispunha o § 3º do art. 95: *Os membros do Ministerio Publico creados por lei federal e que sirvam nos juizos communs serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciaria, ou processo administrativo, no qual lhes seja assegurada a ampla defesa.*

A Constituição Federal autoritária de 1937 é apontada por Hugo Nigro Mazzilli<sup>5</sup> como um severo retrocesso em relação ao Ministério Público. Somente alguns artigos esparsos do Capítulo reservado ao Supremo Tribunal Federal (arts. 97/102) faziam menção à escolha e demissão do Procurador-Geral da República e à competência para o seu julgamento.

A Constituição democrática de 1946 tornou a conferir caráter nacional ao Ministério Público, disciplinando-o no Título III — *Do Ministério Público* (arts. 125/128). Previa o art. 125: *A lei organizará o Ministério Público da União junto à justiça comum, à militar, à eleitoral e à do trabalho.* O art. 127 inseria, no plano constitucional, várias garantias ao Ministério Público:

*Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciaria ou*

*mediante processo administrativo em que lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.*

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

A CF/1967, promulgada sob o golpe militar de 1964, inseria o Ministério Público no Capítulo do Poder Judiciário (art. 137/139), contudo, manteve, em geral, as garantias do Ministério Público conferidas pelas Constituições de 1934 e 1946. Previa o art. 137: *A lei organizará o Ministério Público da União junto aos juizes e tribunais federais. O Chefe do Ministério Público continuava sendo escolhido livremente pelo Chefe do Executivo.*

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

A previsão de criação de Lei Complementar para o estabelecimento de normas gerais a serem seguidas pelo Ministério Público Estadual representou um avanço decorrente da Emenda Constitucional 7 de 1977<sup>6</sup>.

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

O perfil constitucional do Ministério Público está estabelecido no art. 127, caput, da Constituição, que o define como Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O art. 129 da CF/88 confirma, pelo rol das atribuições conferidas à Instituição, o perfil social e democrático da Instituição ministerial.

Com a CF/88, o Ministério Público passou a ser Instituição permanente, de caráter nacional, una, indivisível, instituída para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses fundamentais da sociedade. Assim, se o Ministério Público é defensor do regime democrático e, se a República Federativa do Brasil constituiu-se em um Estado Democrático de Direito, o Ministério Público tornou-se, com a CF/88, Instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito. Todas as diretrizes do Estado Democrático de Direito, tais como a priorização da tutela jurídica preventiva, a tutela jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos, a transformação da realidade social, entre outras, são os legítimos parâmetros que delineiam o Ministério Público no contexto constitucional atual<sup>7</sup>.

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

Recentemente, a Emenda Constitucional 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público, inserindo na CF/88 o art. 130-A, sendo que suas atribuições e compromissos constitu-

cionais devem ter como parâmetros o Ministério Público e suas atribuições e garantias constitucionais como cláusulas pétreas.

### 3. Alguns aspectos das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público

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

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

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

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

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

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

### 4. O Ministério Público e as suas atribuições e garantias como cláusulas pétreas ou superconstitucionais

#### 4.1 O papel constitucional das cláusulas pétreas

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

contra o poder reformador.

A Constituição Federal de 1988 arrola as cláusulas pétreas ou superconstitucionais no § 4º do art. 60, onde consta: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais.

A respeito do assunto, escreveu Oscar Vilhena Vieira:

“No Brasil um amplo grupo de cláusulas superconstitucionais foi estabelecido como cerne inalterável do texto de 1988. O enrijecimento desses dispositivos por força do art. 60, § 4º e incisos, da Constituição constitui uma resposta às diversas experiências autoritárias de nossa história, nas quais os princípios e direitos, agora entrincheirados como cláusulas superconstitucionais, foram sistemática e institucionalmente violados. A adoção dessas cláusulas limitadoras do poder de reforma também parece corresponder a uma alteração do próprio modelo constitucional adotado em 1988. A Constituição de 1988 é uma das representantes mais típicas do constitucionalismo de caráter social ou ‘dirigista’ (...)”<sup>8</sup>.

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

“Assim, apesar das concepções em sentido contrário, o melhor entendimento tem sustentado que o art. 60, § 4º, da CF/88, não deve ser interpretado restritivamente. O Direito Coletivo, como direito constitucional fundamental, beneficia-se do sistema constitucional das *cláusulas pétreas* e está protegido contra as reformas constitucionais. Ademais, no Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF/88), a tutela jurídica é integral, a Direito Coletivo e a Direito Individual, não havendo razão para qualquer discriminação que represente restrição a um ou a outro”<sup>9</sup>.

Oscar Vilhena Vieira, ao apresentar estudo sobre a *Constituição e sua Reserva de Justiça*, afirma que não deve prevalecer a interpretação literal do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, pois para a compreensão dos direitos fundamentais deve levar-se em conta os elementos indispensáveis à realização da dignidade humana e (...) *não como um conjunto finito de direitos positivados com uma ou com outra denominação, ou, ainda, numa ou outra posição dentro do texto constitucional (...)*. Conclui o autor que a supremacia dos direitos como *cláusulas superconstitucionais* não decorre de classificações arbitrárias, mas da sua exibibilidade para a realização da dignidade<sup>10</sup>.

Esclarece Uadi Lammêgo Bulos sobre as cláusulas pétreas: “(...) são aquelas que possuem um supereficácia, ou seja, uma eficácia total, como é o caso dos incisos I a IV, infra. Daí não poderem usurpar os limites expressos e implícitos do poder constituinte secundário. Logram eficácia total, pois contêm uma força paralisante de toda a legislação que vier a contrariá-las, de modo direto ou indireto. (...)”<sup>11</sup>.

## 4.2 Pós-positivismo jurídico, neoconstitucionalismo e a interpretação/concretização da Constituição e das suas cláusulas superconstitucionais

Com a mudança de paradigma no plano do Direito para um estudo fundado mais no plano constitucional e de base principiológica, valorativa e transformadora, o *positivismo jurídico* tem sido superado, aos poucos, por aquilo que genericamente é denominado por parte da doutrina de *pós-positivismo*<sup>12</sup>.

A expressão *pós-positivismo* é equívoca e poderá guardar vários significados, tendo em vista a sua ampla abertura conceitual. Contudo, a doutrina que tem enfrentado o tema faz a análise do assunto a partir da guinada do direito constitucional e da inserção dos seus princípios como diretrizes fundamentais da ordem jurídica democrática. O *pós-positivismo* abrangeria todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica democrática, pluralista e aberta de valores. As concepções mais atuais em torno do *neoconstitucionalismo* estão inseridas dentro do gênero *pós-positivismo*<sup>13</sup>.

Antonio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti esclarecem que o *pós-positivismo jurídico* constitui, em linhas gerais, um novo paradigma no plano da teoria jurídica, que objetiva contestar as *insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional*. Afirmam que o próprio termo '*pós-positivismo*', que também é *conhecido como não-positivismo ou não-positivismo principiológico*, é detentor de um *status* provisório e genérico, na sua categoria terminológica, e a sua utilização não é pacífica, inclusive entre os autores que partilham de suas teses axiais. Esclarecem, ainda, que as suas bases filosóficas são ecléticas e compõem uma constelação de autores, os quais mantêm ponto de contato com concepções de um Gustav Radbruch tardio e passam pelas influências da teoria da justiça de John Rawls, além de incorporarem elementos da filosofia hermenêutica e as bases da teoria do discurso de Habermas. No quadro da concepção pós-positivista, afirmam que seriam destacáveis cinco aspectos: 1º) *o deslocamento da agenda*, com ênfase à importância dos princípios gerais do Direito e à dimensão argumentativa na compreensão da funcionalidade do direito no âmbito das sociedades democráticas atuais, bem como o aprofundamento no papel que deve ser desempenhado pela hermenêutica jurídica; 2º) *a importância dos casos difíceis*; 3º) *o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição*; 4º) *a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico*; 5º) *o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis*<sup>14</sup>.

Diz a doutrina, ao estudar o tema, que o *pós-positivismo* não visa à desconstrução da ordem jurídica, mas à superação do conhecimento convencional com base nas idéias de justiça e de legitimidade, inserindo, para tanto, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, como a síntese dos valores consagrados na ordem jurídica<sup>15</sup>. A nova concepção tem influenciado decisivamente na constituição de uma hermenêutica constitucional inovadora.

A própria concepção de sistema jurídico sofre transformações: de sistema jurídico fechado e auto-suficiente para sistema jurídico aberto, móvel e composto de valores<sup>16</sup>. A interpretação constitucional passa a ser pluralista, dentro daquilo que Peter Häberle denomina de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*<sup>17</sup>.

O *pós-positivismo* coloca o *constitucionalismo* em subs-

tituição ao *positivismo legalista*, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção e fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador ordinário<sup>18</sup>.

A metodologia do *pós-positivismo* inseriu a *hermenêutica* como o capítulo mais relevante para o *novo direito constitucional*, iniciando-se a superação da metodologia clássica, que pregava a *interpretação-subsunção*, por uma nova interpretação constitucional criativa: a *interpretação-concretização*<sup>19</sup>. Paulo Bonavides arrola as principais conquistas resultantes da *nova hermenêutica do constitucionalismo* da segunda metade do século XX: a) elaboração científica de um novo Direito Constitucional; b) criação de uma teoria material da Constituição diversa da sustentada pelo jusnaturalismo ou pelo positivismo formalista; c) superação da visão meramente jusprivatista e juscivilista para uma concepção em torno do "direito público"; d) uma nova interpretação, mais ampla, da Constituição e uma nova interpretação, mais restrita, dos direitos fundamentais, ambas autônomas e em recíproca sintonia; e) inserção do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, com a ampliação da incidência do direito constitucional para todas as áreas do direito; f) conversão dos princípios gerais do direito em princípios constitucionais com eficácia normativa; g) elaboração de uma concepção de *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais, antes concebidos somente no plano da *subjetividade*; h) expansão normativa do direito constitucional para todas as áreas do Direito; i) consagração da tese mais importante, (...) *de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da Ciência Política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e de outros constitucionalistas franceses filiados à linha da reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico*<sup>20</sup>.

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

Conforme esclarecido por Robert Alexy, o *legalismo*, em oposição ao constitucionalismo democrático, impõe: 1) a norma em vez do valor; 2) a subsunção em vez da ponderação; 3) a independência do direito ordinário em vez da onipresença da Constituição; 4) a autonomia do legislador ordinário, dentro do marco da Constituição, no lugar da onipresença judicial fundada na Constituição, colocando o legislador sobre o Tribunal Constitucional Federal<sup>21</sup>.

O *neoconstitucionalismo* objetiva superar justamente essas barreiras interpretativas impostas pelo *positivismo legalista*. Lenio Luiz Streck entende que a superação de tais obstáculos poderá ser viabilizada em três frentes: a) por intermédio da teoria das fontes, haja vista que a lei já não é mais a única fonte — a Constituição passa a ser fonte auto-aplicativa; b) por uma substancial alteração na teoria da norma, imposta pela nova concepção dos princípios, cuja problemática também tem relação com a própria fonte dos direitos; c) por uma radical mudança no plano hermenêutico-interpretativo, para passar do paradigma da *interpretação para*

compreensão da compreensão para a interpretação<sup>22</sup>.

Esclarece Luís Roberto Barroso que o *neoconstitucionalismo* pode ser estudado em três aspectos. Primeiro, pelo *aspecto histórico*, com a análise das transformações do direito constitucional depois da 2ª Grande Guerra Mundial, especialmente por força da Lei Fundamental de Bonn (1949) e das Constituições da Itália (1947), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Também merece ser citada a Constituição Federal do Brasil de 1988. Segundo, pelo *aspecto filosófico*, o que deve ser realizado pelo estudo das vertentes teóricas que compõem o *pós-positivismo jurídico*. Terceiro, pelo *aspecto teórico*, o qual engloba o estudo da *força normativa da Constituição*, da *expansão da jurisdição constitucional* e do *desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional*<sup>23</sup>. No mesmo sentido, também são os ensinamentos de Eduardo Cambi, o qual aponta o *neoprocesso* como decorrência do neoconstitucionalismo<sup>24</sup>.

O *neoconstitucionalismo* propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade, nos termos do modelo constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 3º, 5º, 6º etc.). Essa superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implementação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados<sup>25</sup>.

Propõe-se também a concepção da Constituição como sistema aberto de valores, dinâmico em suas estruturas e transformador da realidade social.

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos é o ponto central para o *neoconstitucionalismo*. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é potencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos, superando as amarras construídas em um passado de repressão e de liberdade limitada, por valores não mais subsistentes no cenário da sociedade atual.

A própria interpretação do texto constitucional no plano do *neoconstitucionalismo* deve ser compreendida a partir da sua aplicação (efetivação). Como disse Lenio Luiz Streck, a Constituição será o resultado de sua interpretação, que tem o seu conhecimento no plano do ato aplicativo como produto da intersubjetividade dos juristas que emerge da complexidade das relações sociais<sup>26</sup>.

No *neoconstitucionalismo*, a interpretação da Constituição é também *aberta e pluralista* e a idéia que gira em torno da construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, conforme tese proposta por Peter Häberle<sup>27</sup>, corresponde às novas posturas constitucionalistas, mantendo perfeita sintonia com a principiologia do *Estado Democrático de Direito* implantada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º etc.).

As cláusulas superconstitucionais no *neoconstitucionalismo* devem ser protegidas contra o poder reformador e, ao mesmo tempo, elas assumem uma função ativa, no sentido de que devem ser efetivadas e concretizadas materialmente. Constituem, assim, ao mesmo tempo, função de proteção e função de efetivação/concretização da Constituição e dentro desse contexto devem

ser interpretadas.

Nesse sentido, concluiu Oscar Vilhena Vieira:

“O Estado democrático-constitucional tem historicamente articulado a convivência de um Direito com pretensão de legitimidade e um poder coercitivo que garante respaldo a esse Direito e, ao mesmo tempo, é por ele domesticado. A finalidade de uma teoria das cláusulas superconstitucionais é que o processo de emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo (...)”<sup>28</sup>.

#### 4.3 O Ministério Público como cláusula pétrea

O art. 127, *caput*, da CF/88, diz expressamente que o Ministério Público é *Instituição permanente*. Com base na interpretação lógica e na sua correta e perfeita relação com a interpretação teleológica, verifica-se que a Constituição, ao estabelecer que o Ministério Público é instituição permanente, está demonstrando que a Instituição é cláusula pétrea, que recebe proteção total contra o poder reformador, ao mesmo tempo em que impõe a sua concretização social como função constitucional fundamental. Nesse sentido, aduziu Cláudio Fonteles: “Se o Ministério Público é instituição *permanente*, enquanto existir a concepção constitucional do Estado brasileiro, como posta na chamada *Carta-cidadã* — a Constituição Federal de 1988 — ele *jamaiz* poderá ser extinto”<sup>29</sup>.

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

Nesse sentido, manifestou Emerson Garcia:

Além da necessária adequação material que deve existir entre referido preceito e a legislação infraconstitucional, o fato de o Constituinte originário ter considerado o Ministério Público uma Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado traz reflexos outros, limitando, igualmente, o próprio poder de reforma da Constituição. Com efeito, partindo-se da própria natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público, toda ela voltada ao bem-estar da coletividade, protegendo-a, em especial, contra os próprios poderes constituídos, a sua existência pode ser considerada como insita no rol dos direitos e garantias individuais, sendo vedada a apresentação de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 61, § 4º, IV, da CF/1988)<sup>30</sup>.

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

#### 4.4 As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas ou superconstitucionais, a impossibilidade de sua eliminação ou restrição e a possibilidade de sua ampliação

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

O Ministério Público, como Instituição constitucional, é cláusula pétrea. Como consequência, as suas atribuições e garantias constitucionais, as quais lhe dão dimensão constitucional e revelam o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Essas cláusulas compõem o núcleo de uma Constituição no Estado Democrático de Direito. Por isso, elas não podem ser eliminadas nem restringidas. Todavia, elas podem ser ampliadas. As atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público, situando-se no âmbito das cláusulas superconstitucionais, podem ser ampliadas, mas não restringidas ou eliminadas da Constituição.

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

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

Essas assertivas são reforçadas com os ensinamentos de Emerson Garcia:

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

Conclui o autor:

Além disso, a limitação material ao poder de reforma alcançará, com muito maior razão, qualquer iniciativa que, indiretamente, busque alcançar idêntico efeito prático (v.g.: redução das garantias e prerrogativas de seus membros e supressão da autonomia da Instituição, tornando-a financeiramente dependente do Executivo e, com isto, inviabilizando a sua atuação, que é o elemento indicativo de sua própria existência)<sup>31</sup>.

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

(...) considerando que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 60, § 4º, inciso I, erigiu, como cláusula pétrea, a forma federativa, cujo contexto engloba, constitucionalmente, o regime democrático, tanto em relação às regras constitucionais para sua consecução, quanto às regras constitucionais para a sua fiscalização, e considerando, ainda, que o Ministério Público foi colocado como fiscal do regime democrático e da ordem jurídica, também neste sentido o Ministério Público torna-se cláusula pétrea, assim como as prerrogativas e garantias dos seus membros <sup>32</sup>.

Todavia, não é razoável interpretar as garantias e princípios constitucionais do Ministério Público para servirem de barreira que impeça a eficácia social da atuação da Instituição. Com isso, as prerrogativas do órgão da Instituição não podem ser utilizadas para o benefício particular do seu próprio titular. Nesses casos, princípios como a independência funcional e a inamovibilidade se destinam a proteger o cargo contra investidas arbitrárias, quaisquer que sejam elas. O membro da Instituição não poderia, por

exemplo, utilizar-se da independência funcional para deixar de cumprir atribuição constitucionalmente estabelecida; da mesma forma, a inamovibilidade não pode servir de óbice que impeça a redistribuição de atribuições em determinada comarca ou unidade de serviço quando patentemente injusta e desproporcional.

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

## 5. Conclusões

1. Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público brasileiro se tornou uma Instituição fundamental do Estado Democrático de Direito, permanente, una, indivisível, constitucionalmente independente e de caráter nacional.

2. O Ministério Público é cláusula pétrea, pois, além de a Constituição estabelecer, expressamente, que ele é instituição permanente, ela o insere como legítimo defensor do regime democrático, cláusula pétrea por excelência, como desmembramento do Estado Democrático de Direito.

3. O Ministério Público é, ainda, Instituição essencial à Justiça, outra cláusula superconstitucional e, por esse fundamento, ele também é cláusula pétrea.

4. Em sendo o Ministério Público, na sua condição de Instituição constitucional, cláusula pétrea, as suas atribuições e garantias constitucionais, que conferem a sua dimensão constitucional e o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais, as quais não podem ser eliminadas nem restringidas.

5. Os direitos fundamentais são cláusulas pétreas e, em sendo o Ministério Público legítimo defensor desses direitos, confirmada está a sua natureza de cláusula superconstitucional.

6. O caráter nacional do Ministério Público, a sua indivisibilidade, unidade, independência funcional, orçamentária e administrativa, também são cláusulas superconstitucionais.

7. Nada impede a ampliação das atribuições e das garantias constitucionais do Ministério Público, o que representa a ampliação do próprio sentido material do regime democrático, em relação ao qual o papel constitucional do Ministério Público é fundamental.

8. Essas diretrizes decorrentes das cláusulas superconstitucionais, conforme orientação do *neoconstitucionalismo*, vinculam o legislador constitucional e o infraconstitucional, o administrador público, os particulares, bem como todos os operadores do direito e as instituições de fiscalização do Ministério Público, incidindo no plano não só da proteção da Constituição, mas também da sua efetivação/concretização.

9. Contudo, princípios como a independência funcional e a inamovibilidade do órgão ministerial são valores constitucionais que precisam ser harmonizados, em situações concretas, com as funções constitucionais da Instituição, de forma que essas diretrizes não devem ser utilizadas como barreiras à eficácia social da atuação do próprio Ministério Público como Instituição essencial ao Estado Democrático de Direito.

## 6. Referências bibliográficas

- ALEXV, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Traducción de Jorge M. Seña. 2ª ed. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Direito coletivo brasileiro — autonomia metodológica e a superação da summa divisio direito público e direito privado pela summa divisio constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual**. Tese de Doutorado, sob a orientação do professor doutor Nelson Nery Junior, defendida junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Partes 1 e 2, 842 p.
- \_\_\_\_\_. **Direito material coletivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Neonconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 58:129-73, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006.
- CARBONEL, Miguel (org.). **Neonconstitucionalismo (s)**. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2005.
- FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 2ª ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão, ROCHA, João Carlos de Carvalho et al (coords.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2002.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coords.). **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

## Notas

- <sup>1</sup> Tese aprovada por unanimidade no VII Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, realizado em Tiradentes (MG), nos dias 21 a 23 de março de 2007.
- <sup>2</sup> Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo, in MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al (coords.), *Ministério Público e a ordem social justa*, p. 350.
- <sup>3</sup> Constituição Federal comentada e legislação constitucional, p. 117.
- <sup>4</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Introdução ao Ministério Público*, p. 38.
- <sup>5</sup> *Introdução ao Ministério Público*, p. 38.
- <sup>6</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro, *Introdução ao Ministério Público*, p. 39.
- <sup>7</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual*, p. 506/508.
- <sup>8</sup> A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, p. 26.
- <sup>9</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito coletivo brasileiro: autonomia metodológica e a superação da summa divisio direito público e direito privado pela summa divisio constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual*, p. 629. Nesse sentido, afirmou SARLET, Ingo Wolfgang: “Todas estas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente (...) não há como negligenciar o fato de que a nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado democrático social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incs. I, III, e art. 3º, incs. I, III e V. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado na nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados — mesmo não estando expressamente previstos no rol das ‘cláusulas pétreas’ — autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional (...)”. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 403-4.
- <sup>10</sup> E acrescenta: “Assim, aqueles direitos que possam ser moralmente reivindicados e reacionalmente justificados, enquanto elementos essenciais à proteção da dignidade humana e que habilitem a democracia, como procedimento para a tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres, devm ser protegidos como superconstitucionais — estejam eles positivados por intermédio de normas constitucionais ou decorram dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, o que é expressamente admitido pelo § 2º do art. 5º da Constituição”. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, p. 245-6.
- <sup>11</sup> Constituição Federal anotada, p. 775.
- <sup>12</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 35-40.
- <sup>13</sup> A respeito, formulando crítica ao positivismo e demonstrando sua incompatibilidade com o neoconstitucionalismo, escreveu STRECK, Lenio Luiz: “Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ‘ideologia política’ menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque esta separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico (...)”. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 155.
- <sup>14</sup> Pós-positivismo, in BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.), *Dicionário de filosofia do direito*, p. 650-4.
- <sup>15</sup> Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto: “(...) o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade”. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, in BARROSO, Luís Roberto (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 28.



<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, in BARROSO, Luís Roberto (org.), A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, p. 34-5.

<sup>17</sup> HÄBERLE, Peter, Hermenêutica constitucional — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição, p. 12-3.

<sup>18</sup> Sobre o assunto, ALEXY, Robert, El concepto y la validez del derecho, p. 159-61.

<sup>19</sup> Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo, Curso de direito constitucional, 18ª ed., p. 592.

<sup>20</sup> Curso de direito constitucional, 18ª ed., p. 583-4.

<sup>21</sup> Acrescentou ALEXY, Robert: “A la polémica entre constitucionalistas y legalistas subyacen profundas diferencias sobre la estructura del sistema jurídico. Por ello, una respuesta bien fundamentada a la cuestión acerca de quién tiene razón puede ser respondida sólo sobre la base de una teoría del sistema jurídico (...)”. El concepto y la validez del derecho, p. 160-1. A polémica entre constitucionalistas e legalistas subjazem profundas diferenças sobre a estrutura do sistema jurídico. Por isso, uma resposta bem fundamentada a essa questão acerca de quem tem razão pode ser respondida somente com fundamento em uma teoria do sistema jurídico (tradução livre pelo autor).

<sup>22</sup> Escreve STRECK, Lenio Luiz: “(...) Da incidibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo aparece sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar de giro linguístico-hermenêutico. Esse ‘linguistic turn’, denominado também de giro ‘linguístico-ontológico’, proporcionou um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo. Não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca (va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação”. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), Constituição, sistemas sociais e hermenêutica, p. 159.

<sup>23</sup> Acrescenta BARROSO, Luís Roberto: Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais”. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p. 129-73.

<sup>24</sup> Neoconstitucionalismo neoprocessualismo, in FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coordenadores), processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, p. 664-72.

<sup>25</sup> Nesse sentido, Escreve STRECK, Lenio Luiz: “(...) Em síntese, o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição ‘extremamente embebedoura’ (persuasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais”. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), Constituição, sistemas sociais e hermenêutica, p. 160. Com abordagem sobre o neoconstitucionalismo, com inclusive inúmeros artigos e texto de capa nesse sentido, cf. (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as constituições, in Revista do Instituto de hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004; também CARBONEL, Miguel (org.), Neoconstitucionalismo (s).

<sup>26</sup> Diz ainda STRECK, Lenio Luiz: “Ora, a construção das condições para a concretização da Constituição implica o entendimento da ‘Constituição como uma dimensão que banha todo o universo dos textos jurídicos, transformando-os em normas, isto porque a norma é sempre produto da atribuição de sentido do intérprete, o que ocorre sempre a partir de um ato aplicativo, que envolve toda a historicidade e a faticidade, enfim, a situação hermenêutica em que se encontra o jurista/intérprete. Por isto, Gadamer vai dizer que o entender contém sempre um fator de ‘applicatio’. Entender sem aplicação não é um entender”. Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo, in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno (coords.), Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides, p. 541.

<sup>27</sup> Escreveu HÄBERLE, Peter: “Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tornam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (... weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und Von ihr Konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição, p. 13.

<sup>28</sup> A Constituição e sua reserva de justiça, p. 227.

<sup>29</sup> O artigo 127 da Constituição Federal: reflexões, in MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al (coords.), Ministério Público e a ordem social justa, p. 1.

<sup>30</sup> Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico, p. 47.

<sup>31</sup> Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico, p. 48.

<sup>32</sup> O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional, p. 184.

## 2. ENTREVISTA

### 2.1 Joseph Capone

English Version

**1ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Em linhas gerais, qual é a estrutura do Ministério Público nos Estados Unidos?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Existem duas estruturas separadas: o Departamento de Justiça principal sediado em Washington, e, por todo o país, existem os escritórios dos Promotores Federais que são denominados US Attorneys.

**§2º** Nos Estados Unidos, existem 93 distritos judiciais federais distintos e cada distrito tem o seu próprio Promotor Federal. Essa pessoa é o Promotor Federal mais importante no distrito, mas tem jurisdição somente nele. O Departamento de Justiça em Washington tem jurisdição em todo o país. Há também Promotores Federais Especializados em Washington, por exemplo: eu agora trabalho na seção de fraude, então, minha especialidade é em fraude cooperativa e fraude em seguros. Há outros Promotores em Washington especializados em impostos, crimes ambientais, crime organizado, lavagem de dinheiro, etc. e há o grupo de Promotores da Sede do Departamento de Justiça que atuam em casos com jurisdições em todo o país.

**2ª PERGUNTA. MPMG JURÍDICO:** Há algum tipo de hierarquia entre os Promotores Estaduais (District Attorneys) e Federais (US Attorneys)?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Não, eles são separados. Por exemplo, eu era um Promotor Federal em Louisiana. Louisiana tem três distritos federais, Louisiana do Leste, Louisiana Central e Louisiana do Oeste. Em todo o Estado de Louisiana deve haver dezenas de condados e cada um tem seu próprio Promotor de Justiça Estadual eleito. Então, por exemplo, o Promotor Estadual do condado de Nova Orleans atua em crimes estaduais que ocorrem no condado. Eles atuam principalmente em casos que envolvam assassinatos, seqüestros, roubos, furtos, furtos de veículos, crimes tradicionais de rua. Eles podem também, ocasionalmente, atuar em crimes que podem também ser federais, como por exemplo, o tráfico de drogas. Nosso Congresso Nacional transformou o tráfico de drogas em crime federal, mas, normalmente, o governo federal ficaria responsável pelos crimes de maior repercussão, casos que envolvam tráfico internacional que ultrapassa as fronteiras de jurisdições, enquanto os Promotores estaduais ficam com os casos de tipo tráfico local de narcóticos.

**§2º** Portanto, há uma tendência à cooperação entre o Promotor Federal e o Estadual, que frequentemente se consultam em alguns casos. Por exemplo, às vezes pode ser mais vantajoso denunciar um crime tradicionalmente estadual em corte federal porque as penas são mais altas e

**1ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** In general terms, what is the structure of the US Attorney Office?

**JOSEPH CAPONE: §1º** There are two separate structures. There is the main Department of Justice based in Washington and around the country there are Federal Prosecutor Offices, they are called United States Attorneys.

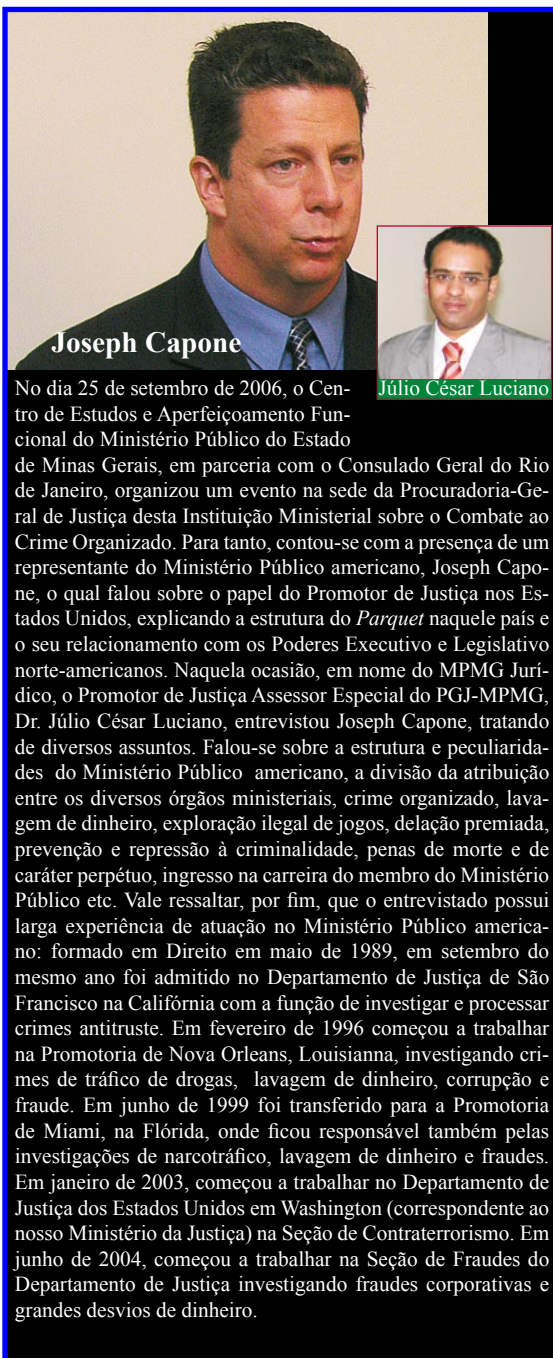
**§2º** So, in the US territory there are 93 separate federal judicial districts and each district has its own US Attorney. That person is the top Federal Prosecutor in that district, but they have jurisdiction only in the district. And the Department of Justice in Washington has jurisdiction throughout the whole country. There are also Specialty Prosecutors in Washington. For example, I'm now working in fraud section, so my specialty is cooperate fraud, securities fraud. There are other Attorneys in Washington that specialized in tax, environmental crime, organized crime or racketeering, money laundry and so forth, and the group of Headquarters Department of Justice Prosecutors who go out and prosecute cases across jurisdictions, throughout the country.

**2ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Is there any kind of hierarchy between the District Attorneys and the Federal Prosecutors?

**JOSEPH CAPONE: §1º** No, they are separate. For example, I was a Federal Prosecutor in Louisiana. Louisiana has three federal districts: Eastern Louisiana, Middle Louisiana and Western Louisiana. Throughout the State of Louisiana there may be dozens of parishes. Each parish will have its own elected State Prosecutor. So, for example, the District Attorney in New Orleans parish prosecutes state crimes that occur in New Orleans parish. They are responsible primarily for murders, kidnappings, robberies, theft, vehicles theft, traditional street crimes. They also occasionally prosecute crimes that could also be federal crimes, for example, drug trafficking. Our Congress has made drug trafficking a federal crime, but

normally, the federal government would prosecute larger cases, cases that involve international trafficking or cases that involve trafficking across State lines. Whereas the District Attorney, the state Prosecutor would prosecute more local-type narcotic trafficking.

**§2º** So, there tends to be a cooperative basis between the Federal Prosecutor and the State Prosecutor and they often would consult



No dia 25 de setembro de 2006, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em parceria com o Consulado Geral do Rio de Janeiro, organizou um evento na sede da Procuradoria-Geral de Justiça desta Instituição Ministerial sobre o Combate ao Crime Organizado. Para tanto, contou-se com a presença de um representante do Ministério Público americano, Joseph Capone, o qual falou sobre o papel do Promotor de Justiça nos Estados Unidos, explicando a estrutura do *Parquet* naquele país e o seu relacionamento com os Poderes Executivo e Legislativo norte-americanos. Naquela ocasião, em nome do MPMG Jurídico, o Promotor de Justiça Assessor Especial do PGJ-MPMG, Dr. Júlio César Luciano, entrevistou Joseph Capone, tratando de diversos assuntos. Falou-se sobre a estrutura e peculiaridades do Ministério Público americano, a divisão da atribuição entre os diversos órgãos ministeriais, crime organizado, lavagem de dinheiro, exploração ilegal de jogos, delação premiada, prevenção e repressão à criminalidade, penas de morte e de caráter perpétuo, ingresso na carreira do membro do Ministério Público etc. Vale ressaltar, por fim, que o entrevistado possui larga experiência de atuação no Ministério Público americano: formado em Direito em maio de 1989, em setembro do mesmo ano foi admitido no Departamento de Justiça de São Francisco na Califórnia com a função de investigar e processar crimes antitruste. Em fevereiro de 1996 começou a trabalhar na Promotoria de Nova Orleans, Louisiana, investigando crimes de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, corrupção e fraude. Em junho de 1999 foi transferido para a Promotoria de Miami, na Flórida, onde ficou responsável também pelas investigações de narcotráfico, lavagem de dinheiro e fraudes. Em janeiro de 2003, começou a trabalhar no Departamento de Justiça dos Estados Unidos em Washington (correspondente ao nosso Ministério da Justiça) na Seção de Contraterrorismo. Em junho de 2004, começou a trabalhar na Seção de Fraudes do Departamento de Justiça investigando fraudes corporativas e grandes desvios de dinheiro.

a lei pode ser mais favorável ao Ministério Público. Vemos também esse tipo de consulta entre o Promotor Estadual e o Federal.

**3ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** No caso de haver um crime cuja jurisdição pode ser considerada mista, por exemplo, um homicídio e tráfico de drogas, a qual jurisdição pertenceria, federal ou estadual? Os Promotores Federais podem avocar um homicídio que originalmente seria atuação do Promotor Estadual?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Eu posso dar um exemplo de gangues atuando na área de Washington DC (capital americana). Por exemplo, a Mara Salvatrucha, que é uma gangue salvadorenha que está agora se espalhando por todo o país. Essa gangue comete crimes tradicionalmente locais, roubos, agressões e assassinatos. Mas, recentemente, em Washington DC, os Promotores Estaduais começaram a processar esses indivíduos como gangues. Eles começaram a usar leis federais contra atividades típicas de gangues e a denunciar grupos de pessoas.

**§2º** Portanto, quando esses crimes cometidos pelas gangues se agravam e saem da jurisdição de um Estado, como, por exemplo, de Washington DC para Maryland, Virgínia, então, os Promotores Estaduais consultam os Federais e avocam para si as leis federais, de forma que eles comecem a denunciar esses grupos como se fossem conspirações. As leis federais de combate à conspiração e ao crime organizado são freqüentemente ferramentas mais eficientes para denunciar esses grupos.

**4ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** “Crime organizado” é um conceito muito controverso nos Estados Unidos, não havendo uma perfeita harmonia entre a doutrina e a jurisprudência e diplomas legais. Quais são as diferenças entre crime organizado e outros tipos de crime?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Pela minha experiência como Promotor isso parece muito mais óbvio para mim do que, talvez, para os Promotores de Justiça no Brasil.

**§2º** O crime organizado tradicional é representado pela máfia, que possuía estrutura muito bem definida e contava com capitães e tenentes. As pessoas se reportavam diretamente a outras dentro da organização, ela era muito formal. Eles possuíam muitas regras sobre como as pessoas eram tratadas dentro da organização. Aquele é um exemplo perfeito de crime organizado e é por isso que nosso Congresso desenvolveu a Lei RICO. A RICO (Organizações Corruptas e Influenciadas pelo Crime Organizado) era primariamente direcionada para organizações tipicamente mafiosas, mas, agora, vemos organizações como a Mara Salvatrucha, que não têm uma estrutura tão rígida.

**§3º** Com as leis criminais americanas, pode-se denunciar qualquer grupo de pessoas que estejam agindo juntas, uma vez que atividade criminal organizada é muito ampla. Olhamos características tais como pessoas se reportando a outras dentro da organização, pessoas assassinando testemunhas em nome da organização, pessoas na organização que estejam roubando e pagando uma porção do dinheiro a outros membros, indícios de atividade organizada e não de uma pessoa sozinha cometendo roubos ou assassinatos. Tenho consciência de que certos tipos de traficantes de drogas fornecem informações a outros dentro de uma organização, corrompem crianças, matam testemunhas em favor da organização, roubam e dão parte do dinheiro para os outros membros da organização. Esses são indícios de ações de crime organizado diferentemente de uma pessoa sozinha cometer um roubo ou um assassinato. Certos tipos de ações do tráfico de drogas e assassinatos são considerados atos praticados pelo crime organizado como os da gangue que atua em Washington, onde temos testemunhas mortas como parte das ações desse grupo e a ordem de eliminar a testemunha pode ter vindo de alguém hierarquicamente mais poderoso dentro da organização. Tudo isso são fatos que nós vemos como atividades de gangues que levam os investigadores a concluir que é realmente um tipo mais formal de organização.

**5ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** No Brasil, houve uma tipificação de crimes por meio de decreto. Não há tal coisa nos EUA.

**JOSEPH CAPONE: §1º** Se se tenta de fato identificar um grupo por lei, criam-se limitações. Nos EUA, a Lei RICO, por exemplo, não tenta tipificar nenhum grupo específico e lista fatores para se procurar, o que a torna mais flexível. Pode-se aplicar essa lei criminal para gangues muito formais e para gangues muito menos formais.

in certain cases. For example, some times it may be advantageous to prosecute a traditional state crime in federal court because the penalties are higher, because the law may be more favorable. You see that kind of consultation also between the State Prosecutor and the Federal Prosecutor.

**3ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** In case there is a crime whose jurisdiction could be considered a mixed one, for example, a homicide and drug dealing, which jurisdiction would it be, a state crime or a federal one? Can the Federal Prosecutors bring to themselves the homicide that would originally be from the State Prosecutor?

**JOSEPH CAPONE: §1º** I can give you an example of gangs operating in the Washington DC area, for example, Mara Salvatrucha. It is a Salvadorean gang now spreading across the US. They commit traditionally local crimes, robberies, murders, assaults, but, recently in Washington DC, the United States Attorneys have begun to prosecute these individuals as gangs. They have begun to use federal laws against gang-type activity to prosecute groups of people.

**§2º** So it seems as though when the gang problem starts to get worse and worse, and they begin to cross State lines, for example, from Washington DC to Maryland, Virginia, then, the State Prosecutors will sometimes consult with the Federal Prosecutors and ask them to bring the federal law to them, and so, they will start prosecuting these groups as conspiracies. So, federal conspiracy law and federal organized crime laws are often better tools to prosecute those groups.

**4ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** ‘Organized crime’ is a very controversial concept in the US and there is not harmony amongst doctrine and jurisprudence and laws. In your opinion, what are the differences between organized crime and other crime types?

**JOSEPH CAPONE: §1º** From my background as a Prosecutor it seems more obvious to me than, perhaps, to Prosecutors in Brazil.

**§2º** The traditional organized crime is the mafia. And it had a very well defined structure with captains and lieutenants, people reported directly to other people in the organization, it was very formal. They had a lot of rules about how people were treated within the organization. That is the perfect example of organized crime, I think, and that is why our Congress developed our RICO statute. RICO stands for Racketeer Influenced and Corrupt Organizations. It was primarily aimed at the mafia-type organizations. But now, we see looser organizations like Mara Salvatrucha, for example, which is not so rigid in structure.

**§3º** I think that with the criminal statutes that we have one can prosecute any group of people who are acting in concert, since the organized criminal activity is broad enough. So, you would look for characteristics such as people reporting to other people within the organization, people murdering witnesses on behalf of the organization, people in the organization who are robbing and paying a portion of the money that they steal to other members, indicia of organized activity rather than a lone person committing a lone robbery or a lone murder. I am aware of certain types of drug trafficking activity and murders which are considered to be part of organized crime activities such as the group Mara Salvatrucha. We have had witnesses killed as part of this gang activity and the order to kill witnesses may be given by someone higher up in the organization. These are all facts that we see in gang-type activity that leads investigators to conclude that this is really a more formal type of organization.

**5ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** In Brazil, the types of crimes were listed in a decree. So, we can understand that in the US there is not such a thing.

**JOSEPH CAPONE: §1º** If you try to hard to name a group in a statute, then you create limitations. In the US, our RICO statute, for example does not try to identify any specific groups and lists factors to look for, so it makes the statute flexible. You can apply this criminal law to very formal gangs and much less formal gangs.

**6ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Quais os principais delitos relacionados à criminalidade organizada nos Estados Unidos?

**JOSEPH CAPONE: §1º** O delito mais comum é o tráfico de drogas, mas, se pensarmos na forma com que os casos da máfia eram estruturados, temos a extorsão, corrupção de políticos, corrupção de policiais, assassinatos, roubos organizados para obter dinheiro para manter as atividades da organização.

**§2º** Portanto, há uma gama de crimes e, ao olharmos a Lei RICO, vemos que a lista de crimes que podem ser denunciados com a sua ajuda é muito grande. Pode haver muitos tipos de crimes, o que é outro aspecto da lei que a torna flexível, de forma que se possa aplicá-la a diferentes tipos de grupos.

**7ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Há um forte movimento para legalizar o jogo e os cassinos no Brasil. Entretanto, sabe-se que cassinos podem ser usados para lavar dinheiro. Como os EUA tentam impedir que o crime organizado se valha de cassinos para lavar dinheiro?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Nós temos muitas leis que foram criadas para iluminar as transações financeiras. Por exemplo, bancos devem procurar atividades suspeitas em suas instituições e, se eles suspeitarem de alguma transação, devem seguir o chamado “relatório de atividade suspeita”, alertando o governo.

**§2º** Temos também Agências Federais de Aplicação da Lei, que ativamente procuram transações financeiras suspeitas. Por exemplo, o FBI identifica bancos caribenhos que possam ser susceptíveis à corrupção através de lavagem de dinheiro, podendo desenvolver operações com agentes disfarçados, na tentativa de eliminar operações de lavagem de dinheiro por banqueiros caribenhos.

**§3º** Há, portanto, uma multiplicidade de coisas diferentes: regulação investigatória da indústria bancária, investigação ativa do FBI e outras agências governamentais tentando encontrar essas transações. Essas ações tentam deter o cometimento de ações futuras ou tentam eliminá-las tão logo aconteçam, mas, não acredito que haja maneira de se eliminar totalmente o crime organizado. Onde quer que haja possibilidade de se ganhar muito dinheiro, haverá criminosos para tentar consegui-lo.

**8ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Qual é o papel do Ministério Público americano no combate ao crime organizado?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Frequentemente investigamos muito de perto juntamente com agências de investigação como o FBI. No nosso sistema federal, é comum um trabalho de investigação conjunta com uma agência de inteligência do princípio até o fim do caso. Como Promotor, eu apresento os casos na corte para o Juiz, mas também tenho envolvimento na investigação desde o princípio para auxiliar os agentes que realmente conduzem a investigação.

**§2º** Portanto, Nosso papel não é o de meramente apresentar denúncias, mas também o de auxiliar na investigação. Esse papel pode ser um pouco diferente daquele que você encontrará na Procuradoria-Geral de Justiça estadual. Dependendo do tipo de conduta criminal, o Promotor de Justiça Estadual poderá ser menos envolvido na investigação do caso.

**9ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** O Direito americano privilegia a figura da delação premiada com o acusado, no qual o Ministério Público obtém informações a respeito da prática delitiva em relação aos co-réus, em troca de benefícios penais. Tal sistema vem sendo criticado pelo excesso do órgão acusador em obter essa espécie de acordo, que muitas vezes pressiona o acusado e a defesa. Como é fiscalizado e coibido tal comportamento?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Primeiramente eu gostaria de dizer que, quando você fala de críticas, eu não sei exatamente o que você quer dizer. Ocasionalmente ouve-se sobre acordos de delação premiada entre o governo e o réu. Isso pode parecer muito favorável ao público, mas eles podem não entender todos os detalhes que ocorreram durante a negociação daquele acordo. Portanto, eu acho que, acima de tudo, há menos críticas a respeito do processo do que vocês entendem haver. Agora, basicamente, sem esse processo de delação premiada, seria muito difícil cumprir o nosso dever.

**§2º** Há vários tipos de delação premiada, ela é um contrato e você pode

**6ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Which are the main organized crimes in the US?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Most commonly drugs, but, if you think back to the way the mafia cases were structured, you had extortion, bribing politicians, bribing police officers, murders, organized robberies to obtain money to fund the organization activities.

**§2º** So there is a range of crimes and if you were to look at our RICO statute, you would see that the list of crimes that can be prosecuted under RICO would be very long. There can be many types of crimes, which is another aspect of that law that makes it flexible, so that you can apply it to different types of groups.

**7ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** There is a strong movement to make gambling and casinos legal in Brazil today. However, we know that casinos can be used to laundry money. What is being done in the US to prevent money laundry via casinos?

**JOSEPH CAPONE: §1º** We have a lot of laws that are designed to illuminate financial transactions. For example, banks are supposed to look for suspicious activity in their institutions. And if they observe suspicious financial transactions, they would follow what is called the ‘suspicious activity report’ alerting the government about certain suspicious activities.

**§2º** We also have federal Law Enforcement Agencies that actively look for suspicious financial transactions. For example, the FBI will identify Caribbean banks that may be susceptible to corruption through money laundering and may develop under cover operations trying to rule out and stop operations of money laundry by Caribbean bankers, for example.

**§3º** So, it’s multiple different things: investigatory regulation of the banking industry, it is active investigation by the FBI and other government agencies, trying to find it. Again, this is essentially trying to deter from being committed in the future or trying to catch it when it does happen, but I do not think that there is any way that anyone could completely stop it. Wherever there is a lot of money to be made, criminals will come in and try to make money.

**8ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** What is the role of the Attorney General Office in the fight against organized crime in the US?

**JOSEPH CAPONE: §1º** We often investigate very closely with investigatory agencies like the FBI. In our federal system, it is common that we, together with the agency, are investigating a work very closely together from the beginning of the investigation all the way through to the end. So, as a Prosecutor, I present a case at the court to a judge, but I also often get involved very early in the investigation to assist the agents who are actually conducting the investigation.

**§2º** So our role, I think is not only to prosecute but also help to investigate. That may be a little different from what you find in a State Prosecutor office. Depending on the type of criminal conduct, a State Prosecutor may be less involved in the investigation of the case.

**9ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** The American Law privileges the institute of the plea agreement with the defendant, in which the Prosecutor obtains information about the criminal practice in relation to co-defendants, in exchange for penal benefits. Such system has been criticized due to the excesses of the prosecuting agents in obtaining such deals, what put into too much pressure the defendant and the defense. How is such behavior fiscalized and prevented?

**JOSEPH CAPONE: §1º** First, let me respond by saying that when you ask about criticism I am not sure about exactly what you mean. Occasionally you hear about a plea agreement between the government and a defendant. That seems very favorable to members of the public. They may not understand all the details that went into negotiating that plea agreement. So, I think overall there is probably less criticism over the process than you understand to be. Now, basically without the plea agreement process, it would be very difficult for us to do our jobs.

**§2º** There are different kinds of plea agreements. It is a contract

negociar os termos do contrato com o advogado do réu, dentro da lei. Além disso, não há muitas restrições sobre o que se pode acordar. Por exemplo, se o réu deseja cooperar para que ele tenha sua sentença minorada, então eu posso negociar com o réu o valor da sua cooperação. Que tipo de informação ele tem para dar ao governo que seja valiosa? Isso pode nos auxiliar a denunciar outras pessoas e pode beneficiá-lo ao ter a sua sentença reduzida. Muitas vezes, especialmente em organizações criminosas, os chefes têm feito um bom trabalho isolando-se daqueles que realmente cometem os crimes, as pessoas de baixo escalão na organização. Portanto, muitas vezes, para se chegar ao líder da organização, você tem que trabalhar subindo a cadeia escalonar. Talvez, a única forma de se denunciar totalmente o líder de uma organização criminal seja conseguir com que as pessoas abaixo dele e as mais próximas cooperem com a Promotoria, dando informações internas da organização. Nós sempre tentaremos conseguir algum integrante da organização.

**§3º** Os processos contra a máfia são bons exemplos em que os líderes das famílias mafiosas eram tão isolados dos crimes nas camadas mais baixas destas que tivemos que procurar muito para obter a cooperação daqueles mais próximos a eles. Uma maneira muito eficaz de se fazer isso é através da delação premiada no processo. Há aspectos desse processo que têm que ser regulados muito cuidadosamente, por exemplo, termos a certeza de que alguém que oferece cooperação é punido pelo que fez, mas é propriamente recompensado pela quantidade de cooperação que deu.

**§4º** Portanto, o que fazemos no sistema federal é revisar cuidadosamente os acordos realizados. Se eu, como Promotor de Justiça, desejasse entrar em um acordo de delação premiada de pena com um réu, então, eu escreveria todos os termos e faria as negociações com o advogado de defesa. Após, o acordo seria revisto por meus superiores no Departamento de Justiça. O propósito dessa revisão é para se ter certeza de que os acordos não sejam tão favoráveis, que eles sejam justos e que recompensem adequadamente o réu, mas que tenham um nível apropriado de punição. Também queremos ter a certeza de que os Promotores de Justiça estão negociando os acordos penais consistentemente, de forma que haja uma política única onde quer que esses acordos sejam negociados. Temos que ter uma consistência entre os Promotores de Justiça para que os réus e a Promotoria compreendam quais benefícios os primeiros podem obter e para que o processo ocorra de maneira justa. Então, esses acordos são revistos no Departamento de Justiça. Também os Juízes Federais têm o direito de aceitar ou recusar o acordo. Se um Juiz Federal acredita que o acordo não é justo, seja para o réu ou para o governo, então, ele tem discricionariedade de ignorá-lo e não o aceitar. Portanto, há várias fases de checagem no sistema, criadas para se ter certeza de que ele esteja ocorrendo de forma apropriada. A delação premiada é muito útil.

**10ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Na sua opinião pessoal, o que você acha mais eficaz: um sistema rígido como o programa de tolerância zero adotado em Nova Iorque ou um sistema criminal que vise à diminuição da criminalização de algumas condutas, abordando somente os crimes mais graves?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Não tenho familiaridade com aquele programa de Nova Iorque. O termo tolerância zero está frequentemente conectado com o chefe de polícia. Talvez, em uma cidade com alto índice de criminalidade, um chefe de polícia diria que a polícia praticaria tolerância zero, significando que eles serão bem agressivos contra as pessoas que cometem crimes.

**§2º** Sobre a questão de qual sistema seria mais eficiente, acho que em um sistema em que se têm recursos limitados, e eu estou falando hipoteticamente, você não pode denunciar todos os crimes do mesmo modo. Alguns crimes, obviamente, são mais sérios do que outros e requerem mais recursos. Outros são menos sérios e talvez não requeiram tantos recursos diretamente. No entanto, no nosso país, a polícia sempre discute crimes relacionados à qualidade de vida.

**§3º** Em outras palavras, em uma vizinhança em que há muito lixo, viciados em drogas ou bêbados nas esquinas causando pequenos problemas, se você conseguir se livrar desse tipo de atividade criminosa, isso faz com que a vizinhança fique mais viva, as pessoas fiquem menos temerosas de saírem de casa, faz com que as pessoas se preocupem e cuidem mais da vizinhança e isso tende a ter um efeito positivo na redução de crimes mais

and you can negotiate the terms of that contract with the lawyer for the defendant within the law. Other than that, there are not many restrictions on what you can agree to. For example, if the defendant wishes to cooperate, because he wants his sentence to be reduced, then, I can negotiate with that defendant for the value of his cooperation. What kind of information does he have to give to the government that is valuable? That can help us prosecute other people. That would benefit him in terms of having a reduced sentence. Many times, especially in criminal organizations, the people at the top have done a very good job of insulating themselves from where the crimes are actually committed on the bottom. So, often times, in order to get the highest-level person in the organization, you have to work your way up the chain. Maybe, the only way to fully prosecute the head of a criminal organization is to get those people under him and closest to him to cooperate with the Prosecutors and provide inside information. We often will try to seek an insider.

**§3º** The mafia prosecutions are good examples where the leaders of the mafia families were so insulated from the crime at the bottom of the organization that we had to seek out and obtain the cooperation from those closest to them. And one very effective way to do that is to plea bargain in the process. There are aspects of this process that have to be very carefully regulated, for example, you want to make sure that somebody who is offering cooperation is punished for what he did, but is properly rewarded for the amount of cooperation he gives.

**§4º** So, what we do in the federal system is to very carefully review the plea agreements. If I, as a Prosecutor wish to enter into a plea agreement with the defendant, then I would write it up with all its terms, negotiate it with the defense attorney. Then, it would be reviewed by my superiors in the Department of Justice. And the purpose of that review is to make sure that the plea agreements are not too favorable, that they are fair and properly reward the defendant but that they also have an appropriate level of punishment. We also want to make sure that the Prosecutors are consistently negotiating the plea agreements in a way that the policy is the same wherever these plea agreements are being negotiated. Thus, you have a consistency among the Prosecutors, so that the defendants understand what benefits they are getting, the prosecution understands what benefit they are getting and that it is carried out in a fair way. So, these plea agreements are reviewed within the Department of Justice. Also, our federal judges have the right to accept or refuse the plea agreement. If a federal judge believes that a plea agreement is not fair, either it is not fair to the defendant or it is not fair to the government, then the federal judge has the discretion to disregard the agreement and not accept it. So you have various checks in the system that are designed to make sure that it is properly carried out and it is very useful.

**10ª PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** In your personal view, what would be more efficient: a rigid system like the zero tolerance program adopted in New York or a looser criminal system that focuses mainly on a smaller number of crime types, so that it punishes more severe crimes?

**JOSEPH CAPONE: §1º** I am not familiar with that program from New York. The term zero tolerance is often connected with the police chief. Perhaps in a city with a high crime rate a police chief would say that the police would have zero tolerance, meaning that they will be very aggressive against people who are committing crimes.

**§2º** About the question of which would be the more effective system, I think that when you have limited resources, I am only speaking hypothetically, you cannot prosecute every single crime the same way. Some crimes obviously are more serious than other crimes and require more resources. Some crimes are less serious and maybe do not demand as many resources directly. However, in our country, police officers often discuss quality of life-type crimes.

**§3º** In other words, if a neighborhood has a lot of trash, drug addicts or drunks on a street corner causing small problems, if you can get rid of that type of criminal activity it makes the neighborhood

sérios. Ouvimos os policiais falarem de crimes relacionados à qualidade de vida, então, se conseguimos nos livrar desses crimes menos ofensivos, pode-se ter um efeito positivo na vizinhança.

**§4º** Mas, eu acho que, acima de tudo, qualquer Promotor Estadual, Promotor Federal ou agência de investigação tem que utilizar seus recursos da melhor forma possível e isso frequentemente significa focar esses recursos nos crimes mais sérios primeiro.

**11º PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Nos Estados Unidos há dois sistemas de penalização máxima: a pena de morte e a prisão perpétua. Qual é a sua opinião a respeito da pena de morte? Pessoalmente, você acredita que ela tenha um efeito de deter a criminalidade?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Primeiramente, gostaria de enfatizar que não falo em nome do Departamento de Justiça americano. Pessoalmente, eu concordo com a pena de morte para alguns crimes. O nosso sistema federal permite a pena de morte para alguns crimes e o estadual também, apesar de haver alguns estados americanos em que não há a pena de morte. É difícil falar sobre os efeitos da pena capital. Há muitos estudos nos Estados Unidos sobre a pena de morte e eu acho que os resultados são diversos. Não está muito claro que a pena de morte tenha um efeito preventivo. Pelo que eu entendo dos estudos que já li, não está claro. Um efeito que existe é que ela evita que aquela pessoa seja um réu reincidente.

**12º PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Você acredita que é uma boa alternativa?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Minha opinião pessoal é a de que certos crimes são tão sérios que merecem a pena de morte. Falando de maneira geral, certos crimes, em razão da maneira como foram cometidos, merecem a pena de morte independentemente de a pena de morte ter ou não um efeito preventivo. Acho que isso é verdade e digo novamente, essa é a minha opinião pessoal.

**§2º** Independentemente do efeito preventivo que possa haver, alguns crimes são tão odiosos e terríveis que a pessoa deve receber a pena de morte. Na medida em que alguém pode ser um criminoso reincidente, então, se ele for condenado à pena de morte, obviamente, ele será impedido de cometer outros crimes. Se ele for condenado à prisão perpétua, pode voltar a cometer crimes na prisão, como ocorre com frequência, e, se ele receber a pena de morte, não mais cometerá crimes.

**13º PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Como ocorre o ingresso na carreira de Promotor de Justiça nos EUA? Há cursos preparatórios nesse sentido?

**JOSEPH CAPONE: §1º** Eu só posso falar sobre Promotores de Justiça Estaduais a partir da minha experiência limitada. Acredito que a maioria dos Promotores de Justiça Estaduais é eleita e tem tipicamente mandatos de quatro anos e, então, concorre à reeleição.

**§2º** Promotores de Justiça Federais são nomeados pelo Presidente da República. Os Procuradores-Gerais federais (US Attorneys) de cada distrito são nomeados pelo Presidente e referendados pelo Senado. Nosso Attorney-General, chefe de todo o Departamento de Justiça, é nomeado pelo Presidente e referendado pelo Senado. Os Promotores de Justiça de nível mais baixo no escalonamento, como eu, concorrem ao cargo da mesma forma que o fariam para qualquer emprego comum.

**§3º** No Brasil, para você se tornar um Promotor de Justiça, é necessário prestar concurso público. Nós não temos concursos como aqui. Não há uma escola de treinamento preparatório para se tornar um Promotor de Justiça. Existem atividades que podem ser feitas nas Faculdades de Direito que podem prepará-lo melhor para se tornar um Promotor de Justiça. Por exemplo, quando eu estava na faculdade, eu trabalhava o dia todo para um Juiz Federal como estagiário, então eu aprendi bastante sobre as leis criminais federais. Em outro semestre na Faculdade de Direito, trabalhei para o Promotor de Justiça Estadual local na Califórnia. Eu tinha muitas responsabilidades, mesmo como estagiário, porque me era permitido levar casos simples para serem julgados na corte, com a supervisão de um dos Promotores de Justiça, como parte do meu estágio.

become more alive, it makes people feel less scared to go out of their houses, it makes residents of the neighborhood care more about their surroundings and that tends to have a positive effect on reducing more serious crimes. You hear police officials speak of quality of life-type crimes, so if you can get rid of these lower level crimes, you can have a positive effect on the neighborhood.

**§4º** But I think overall any District Attorney or US Attorney or investigation agency has to utilize their resources in the best way they can and that often means trying to focus on the more serious crimes first.

**11º PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** In the US there are the most severe punishments: death penalty and life imprisonment. What is your personal opinion about death penalty? Do you believe that it has a deterrent effect on criminality?

**JOSEPH CAPONE: §1º** First, let me emphasize that I am not speaking on behalf of the U.S. Department of Justice. Personally, I agree with death penalty for certain crimes. Our federal system allows for the death penalty in certain crimes and our state system also allows for it in certain crimes, although there are states in our country that do not have the death penalty. It is hard to say about the capital punishment effects. There are a lot of studies in the US about death penalty and I think the results were mixed. I do not think that it is clear that death penalty has a deterrent effect. From what I understand from the studies I have read, it is not that clear. One effect it does have is that it keeps that person from being a repeat defendant.

**12º PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Do you believe that it is a good alternative?

**JOSEPH CAPONE: §1º** My personal belief is that certain crimes are so serious that they deserve the ultimate punishment. I think, generally speaking, certain crimes, because of the way they are carried out, deserve the ultimate punishment, but I think that it is true, and I must say again that it is my personal opinion, regardless of whether it has a deterrent effect.

**§2º** I think that independently of any deterrent effect it may have, some crimes are so hideous that the person should receive the ultimate punishment. To the extent someone could be a repeat offender then, if they receive the death penalty, obviously, they would be deterred in the sense that they would not commit any more crimes. If they are in prison for life, sometimes prisoners commit crimes in prison and if they receive the death penalty that person will not commit any more crimes.

**13º PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** How do people get a job as a Prosecutor in the US? Are there any preparatory courses with that purpose?

**JOSEPH CAPONE: §1º** I can only speak about state Prosecutors from my limited experience. I believe most state Prosecutors are elected and they serve typically a four-year mandate and they run for re-election.

**§2º** Federal Prosecutors are appointed by the President. The top Federal Prosecutor, for example, the US Attorney in each district is appointed by the President and confirmed by the Senate. Our Attorney General, who is head of the whole Justice Department is appointed by the President and confirmed by the Senate. The lower level Attorneys like me apply for the job much like the way you would apply for any job.

**§3º** I understand in Brazil to become a Prosecutor you have to take tests. We do not have tests like that. There is not a training school to prepare someone to become a Prosecutor. There are things you can do in Law School to make you better prepared to be a Prosecutor, for example, when I was in Law School I worked full time as an internship for a federal judge. So I learned a lot about federal criminal law. Another semester in my Law School I worked for the local Prosecutor, in California, a District Attorney. So, I had a lot of responsibility even as an intern there. And so I was allowed to handle simple cases in court

§4° Então, no nosso país, um estudante de Direito que deseja se tornar um Promotor de Justiça pode fazer certas coisas que o ajudam a se preparar. Também algumas pessoas depois de se formarem trabalham para Juízes e aprendem sobre lei criminal e observam casos na corte, sendo treinados desta forma.

**14°PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Qual é a duração do mandato de um Promotor Estadual eleito?

**JOSEPH CAPONE: §1°** Os mandatos duram quatro anos na maioria dos Estados. Um Promotor Estadual popular provavelmente será reeleito. Em Nova Orleans, Louisiana, por exemplo, Harry Connick, um famoso Promotor de Justiça, foi reeleito várias vezes antes de se aposentar.

**15°PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Há escolas de treinamento para o desenvolvimento continuado após o ingresso na carreira de Promotor de Justiça?

**JOSEPH CAPONE: §1°** Não tenho certeza se há cursos de treinamento para Promotores Estaduais. Para um Promotor Federal, há vários programas de treinamento. Para o Departamento de Justiça, há o Centro de Advocacia Nacional na Carolina do sul. É como se fosse um campus universitário pequeno dentro de um grande campus universitário, e eles são especializados em treinar Promotores Federais de todo o país.

§2° Os cursos são modulares, em tópicos. Por exemplo, há cursos sobre lavagem de dinheiro, fraude corporativa, fraude de seguros e terrorismo e eles tipicamente duram uma semana. Há também um treinamento em advocacia de tribuna para se aprender habilidades, por que levamos nossos casos a júris. Portanto, há habilidades especiais para se apresentar um caso na corte para um júri e temos treinamento dessas habilidades.

**16°PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Diante da recente notícia de diversas ações de quadrilhas que espalham terror no seio das grandes cidades como São Paulo, verifica-se que, no Brasil, vive-se um momento de grave crise na área de segurança pública. Quais são as sugestões que o senhor pode passar aos membros do Ministério Público brasileiro para melhorar o combate a este tipo de ação?

**JOSEPH CAPONE: §1°** É uma grande pergunta para um grande problema. Se os Promotores estiverem tendo uma dificuldade muito grande em chegar até os líderes da organização, uma das ações mais efetivas no nosso país com relação a isso é a delação premiada. Conseguir com que pessoas próximas àquele criminoso cooperem contra ele nos dá informação que é muito difícil de conseguir através de uma investigação externa. Se o problema é com relação a recursos, se o problema é que a organização tem muito dinheiro e com esse dinheiro eles podem comprar agentes públicos corruptos, armas ou bombas, os esforços para se identificar a fonte desses recursos e para se tentar tirar esse dinheiro de mãos criminosas pode dificultar muito as atividades de suas gangues.

§2° Em nosso país, vocês vão ver uma série de ações com o objetivo de identificar as propriedades provenientes das atividades das gangues e apreendê-las. Vocês vão encontrar nosso sistema de delação premiada, em que tentamos negociar informações e nos mover para cima no escalonamento da organização criminosa até chegarmos aos líderes das gangues, de forma que possamos oferecer-lhes denúncia, tentando reduzir o poder da organização. Eu não sei se isso funcionaria para vocês, por que não conheço a total extensão dos seus problemas, mas essas são algumas técnicas que tem funcionado com sucesso nos Estados Unidos.

with the supervision of one of the Prosecutors in the office. As a law student I was able to go to court and present cases before judges as a part of my internship.

§4° So a law student in our country who wants to be a Prosecutor can do certain things in school to help him prepare. Also some people after they graduate from law school go work for judges and they will learn criminal law and observe cases in court and be trained in that way.

**14°PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** How long is the mandate of an elected State Prosecutor?

**JOSEPH CAPONE: §1°** The terms last four years in most states, I believe. A popular State Prosecutor probably will be re-elected. In New Orleans, Louisiana, for example, Harry Connick, a famous Prosecutor was re-elected many times before he retired.

**15°PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Are there training schools for continuous development after you become a Prosecutor?

**JOSEPH CAPONE: §1°** I am not sure about training courses for District Attorneys. For a Federal Prosecutor there are various training programs. For the Justice Department, there is a National Advocacy Center in South Carolina. It is like a small college campus within a large college campus and they are specialized in training Federal Prosecutors from around the country.

§2° The courses are modular, by topics. For example, there are courses on money laundry, corporate fraud, securities fraud and terrorism and they typically last one week. There is also training on trial advocacy to learn trial skills, because we try our cases before juries, so there are special skills to present a case in court to a jury. Thus, we have training on how to prepare a case and to present it before a jury.

**16°PERGUNTA MPMG JURÍDICO:** Brazil is undergoing a severe crisis in public security, especially after the recent news of the activity of criminal groups that have spread terror in São Paulo. What suggestions do you give to the Brazilian Public Ministry, so that it can combat organized crime in a more efficient way?

**JOSEPH CAPONE: §1°** That is a big question for a big problem. If the Prosecutors are having a hard time getting to the heads of the organization, one effective way that we have in our country for doing that is the plea agreement. Getting people close to that person to cooperate against that person provides inside information that is very hard to get from an outside investigation. If the problem is the resources, if the problem is that the organization has a lot of money and with the money they can buy corrupt public officials, guns or bombs, efforts to find the source of that money and take it away from them can make it much more difficult for them to carry out their gang activity.

§2° In our country you will see a lot of activities towards identifying property from gang activity, seizing and forfeiting it. You will find our plea bargain system where we try to negotiate and move up the ladder to the highest members of the gangs, so that we can prosecute them and try to reduce the gang's power and effectiveness. I do not know if this would work for you, because I do not know the full extent of your problem, but these are some techniques that have worked successfully in the United States.

TRADUÇÃO:

**Alessandra de Souza Santos**

*Técnica do Ministério Público – Taquigrafia  
Bacharel em Ciências Biológicas  
Especialista em Leitura e Produção de Textos*

**Maria Amélia Brandão Szuster**

*Técnica do Ministério Público  
Tradutora e Intérprete e Secretária Bilingue - ETIMIG  
Especialista em Gestão Estratégica em Recursos Humanos Sociais  
Especialista em Direito Social*

## 3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

### 3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

#### 3.1.1 O valor jurídico do preâmbulo

**Luciana Teixeira Guimarães Christofaro**

*Técnica em Direito do Ministério Público/MG*

*Pós-graduada em Controle Externo pela PUC/MG em parceria com o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.*

*Pós-graduada em Direito Público pelo Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix.*

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

É tradição brasileira introduzir-se o texto Constitucional com uma carta de intenções ou declaração de propósitos em que são informados os princípios e fundamentos norteadores da nova ordem econômica, trazendo efetividade e legitimidade à nova Constituição. O preâmbulo, do latim *praebulum*, foi inserido em todas as Constituições brasileiras, sendo o local “que se encontra, ou em todo caso deveria se encontrar, a expressão da consciência coletiva de uma nação num determinado momento ou ao menos a expressão das idéias sobre as quais a maior parte dos espíritos estão de acordo (...)”.<sup>1</sup>

O preâmbulo da nossa Constituição em vigor revela identidade entre os valores ali consagrados e os princípios e objetivos enunciados no Título I da Carta como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Questão interessante que se coloca é sobre o valor jurídico do preâmbulo. Podemos sintetizar a discussão às seguintes teses:

**1. Tese da irrelevância jurídica:** o preâmbulo não ingressa no mundo jurídico, tendo valor meramente político, literário e simbólico;

**2. Tese da eficácia idêntica à de qualquer norma constitucional:** o preâmbulo é equiparado às normas constitucionais, inclusive sendo parâmetro para declarações de inconstitucionalidade por violação dos princípios nele contidos;

**3. Tese da relevância jurídica específica ou indireta:** embora não faça parte das normas jurídicas constitucionais, o preâmbulo possui função integrativa e interpretativa, buscando aclarar os demais preceitos constitucionais.

A essa última corrente filiam-se constitucionalistas de renome no mundo jurídico. Alexandre de Moraes, afirma que “o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem”, apesar de entender que ele não

faz parte do texto constitucional propriamente dito. E conclui:

O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas.<sup>2</sup>

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela ausência da força normativa do preâmbulo constitucional, adotando a primeira das três teses citadas acima, a da irrelevância jurídica. Nos termos do voto do Exmo Min. Relator Carlos Velloso, o preâmbulo não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, revelando posição ideológica do Constituinte, não sendo norma de reprodução obrigatória pelos Estados-Membros.<sup>3</sup>

Em que pese à decisão da Suprema Corte, não podemos consentir com a idéia de ser o preâmbulo apenas peça de mero ornato. Ora, basta lembrar ser ele criado e aprovado segundo o mesmo processo que as normas jurídicas constitucionais; logo, íntegra, ao menos materialmente, a Constituição.<sup>4</sup> Como observa Jorge Miranda, a distinção feita entre o preâmbulo e os preceitos normativos constitucionais é feita unicamente pela eficácia ou função que desempenha na Constituição, e nunca pela origem ou pelo instrumento que se insere.<sup>5</sup>

Fazemos de nossas as palavras do Exmo. Professor e Desembargador Kildare de Gonçalves Carvalho, que conclui, brilhantemente, sobre toda essa discussão em torno da existência do preâmbulo nas Constituições:

Filiamo-nos, pois, à corrente que considera o preâmbulo, formal e materialmente, parte integrante da Constituição, já que provém do Poder Constituinte originário, submete-se ao mesmo processo constituinte, e direciona o conteúdo material das normas constitucionais, orientando a atuação do legislador e a função do juiz. Reduzi-lo a mero enunciado político ou ideológico é transformá-lo em fórmula vazia e sem conteúdo, ausente de qualquer eficácia, o que é inconcebível em se tratando de cláusula emanada do Poder Constituinte.<sup>6</sup>



**Notas:**

- <sup>1</sup> PELLOUX. *Revue de Droit Public et Science Politique*, p. 347. In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*, 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. pág. 426.
- <sup>2</sup> *Direito Constitucional* 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. pág. 15.
- <sup>3</sup> ADI n. 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso, decisão 15.8.2002. Informativo STF nº 277
- <sup>4</sup> Lembrando que há aqueles que sustentam a idéia de que, formalmente, sob o ponto de vista normativo e preceptivo, o preâmbulo não faz parte do texto constitucional, não sendo essa a nossa opinião.
- <sup>5</sup> MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional*, t. 2, p. 210. In: CARVALHO. Op. cit. Pág.431.
- <sup>6</sup> CARVALHO. Op. Cit. Pág. 432.

### 3.1.2 Atividade político-partidária por membros do Ministério Público: análise da alínea “e” do inciso II do § 5º do artigo 128 na redação da Emenda Constitucional n.º 45/2004

**Renato Franco de Almeida**

*Assessor Especial da Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte. Especialista em Direito Público. Mestre em Direito e Instituições Políticas. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor de Pós-Graduação lato sensu. E-mail: renatofranco@mp.mg.gov.br*

**RESUMO:** *Analisa a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 45/2004 à luz dos direitos políticos exercidos pelos membros do Ministério Público.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Emenda Constitucional; Inconstitucionalidade; Princípio Democrático.*

**RESUMEN:** *Analiza la constitucionalidad de la Enmienda Constitucional n.º 45/2004 a luz de los derechos políticos ejercidos por los miembros del Público Ministerio.*

**PALABRAS-LLAVES:** *Enmienda Constitucional; Inconstitucionalidad; Principio Democrático.*

#### 1 Introdução

A Emenda Constitucional (EC) n.º 45, de dezembro de 2004, denominada “Reforma do Judiciário”, introduziu mudanças cujo objeto vai muito além daquilo que seu apelido possa refletir. De efeito, e não obstante a alcunha, a referida Emenda trouxe modificações em todas as Instituições cujas funções são consideradas pela Constituição como essenciais à Justiça.

Nesse panorama, o presente trabalho tem por escopo analisar, no que concerne à Instituição do Ministério Público, a mudança introduzida pela supracitada Emenda quanto ao exercício de atividade político-partidária pelos membros do *Parquet*, eis que, pensamos, possa ser essa, entre outras, a maior perda que a Instituição ministerial auferiu com a sobredita Reforma.

Não obstante, estamos que a redação proposta pela EC n.º 45/2004 – quando enceta a proibição absoluta do exercício de atividade político-partidária por Promotores e Procuradores de Justiça – padece de claro vício de inconstitucionalidade, por não se conformar com princípios maiores plasmados no nosso diploma constitucional.

A outro giro, a questão não é meramente acadêmica, já tendo sido objeto de apreciação pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que editou a Resolução n.º 5, de 20 de março de 2006, sobre o tema.

Entretanto, esse Órgão, a nosso sentir, ficou a meio caminho do deslinde da questão, uma vez que, ao aderir ao voto-condutor do eminente Conselheiro Paulo Sérgio Prata Rezende, proferido no processo n.º 0.00.000.000006/20005-8 (CNMP)

– segundo o qual a proibição absoluta somente atingiria aquele membro que ingressou na Instituição após a promulgação da Emenda – deslembrou que os próprios fundamentos do voto levam o intérprete à conclusão de que a Emenda em si e no particular é incompatível com o texto constitucional por malferir um direito individual.

Destarte, o objetivo do presente estudo é demonstrar essa particular incompatibilidade da Emenda Constitucional n.º 45/2004 com o texto rígido da Constituição de 1988 e o equívoco perpetrado pelo CNMP.

#### 2 Os direitos políticos como direitos fundamentais e a possibilidade de sua restrição

Caminhou o Conselho Nacional do Ministério Público no sentido de que os direitos políticos são direitos fundamentais, à semelhança do que ocorre com aqueles previstos nos arts. 5º a 7º da Constituição da República.

Conquanto o acerto quanto à natureza intangível desses direitos, forçoso criticar a solução encontrada pelo CNMP, a qual restou consignada na Resolução n.º 5, de 20 de março de 2006, uma vez que se mostra contraditória com seus próprios fundamentos.

De efeito, é possível extrair do voto-condutor:

A análise que farei baseia-se, primordialmente, na seguinte assertiva: não se trata apenas de verificação da possível existência de direito adquirido a regime jurídico, mas também, e principalmente, de harmonização da Emenda n. 45 com as

normas constitucionais que cuidam dos direitos políticos.

E continua o eminente Relator:

Outra baliza importante a ser considerada é a proibição de Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição). [...] Portanto, a vinculação do estudo da situação ora em análise apenas à existência de direito adquirido a regime jurídico deixa de lado um fator de extrema importância: a perda de direitos políticos passivos (direito de ser votado) de toda uma classe que os possuía, pois, na redação anterior do dispositivo constitucional alterado, os membros do Ministério Público estavam proibidos de exercer atividade político-partidária, salvo nos casos de exceções previstas em lei; daí, sempre se entendeu que o afastamento da carreira, a qualquer título – por exemplo, licença –, gerava a possibilidade de candidatura a cargo eletivo.

Após, conclui que:

Em face do exposto, chego às seguintes conclusões quanto ao exercício de atividade político-partidária por membros do Ministério Público:

- a) os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 estão proibidos de exercer atividade político-partidária;
- b) a vedação do art. 128, § 5º, II, e, da CF, em sua nova redação, não alcança os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira antes da promulgação da Emenda, podendo, inclusive, permanecer no exercício de mandato eletivo aqueles que se encontravam em tal situação na referida data.

Inferre-se, a toda evidência, das partes transcritas do voto, a preocupação do Relator com a abolição, por meio de Emenda Constitucional, de direitos fundamentais, o que entendeu ser inconcebível à luz do quanto disposto no art. 60, § 4º, IV da CR/88.

Com efeito, a análise do documento constitucional promulgado em 1988 nos induz a algumas conclusões no que concerne aos direitos fundamentais. É possível inferir daí que os direitos fundamentais podem ser restringidos, na medida de sua necessidade, porém não poderão, em hipótese alguma, ser extintos (abolidos). Isso porquanto o artigo 60 da Constituição, ao instituir as chamadas “cláusulas pétreas”, proíbe, de forma preempatória, a extinção dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV da CR).

Via de conseqüência, é mister firmar a tese segundo a qual o Poder Constituinte Derivado ou Reformador, como é cediço, está limitado pela cláusula supracitada, estando proibido de extinguir (ou abolir, na linguagem constitucional) quaisquer direitos e garantias individuais.

Bem ao sabor da teoria de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (1993), a atual Constituição da República franqueia a ponderação baseada na proporcionalidade, na hipótese de conflito concreto entre os princípios ali previstos, no que concerne especificamente à sua restrição. Todavia, obsta a sua extinção nas perspectivas abstrata e concreta. É que, como afirma Dworkin, enquanto a *regra* possui seu código de abordagem no lícito/ilícito, os *princípios* ofertam uma orientação que, uma vez seguida, não extinguirá definitivamente o grau de vinculação que outro princípio possa oferecer (DWORKIN, 2002, p. 39). Assim, em um conflito de regras, uma prevalecerá em detrimento de outra, sendo que a preterida restará extinta ou terá declarada sua invalidez, segundo os padrões aceitos do sistema jurídico em questão.

O mesmo não ocorre com os princípios. Em eventual conflito aparente destes, aquele que prepondera não extingue a força vinculante do outro, senão no caso apreciado, diante da opção feita pelo primeiro. Enfim, os princípios enunciam “uma razão que conduz o argumento em uma certa direção [...]” (DWORKIN, 2002, p. 41). Por efeito, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão do *peso* ou *importância*, uma vez que, no que toca àquelas, ou são aplicáveis ou não o são na regulamentação de um determinado comportamento.

Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que, se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. (DWORKIN, 2002, p. 43)

Se é possível sopesar princípios em aparente conflito, concreto ou abstrato, na ambiência constitucional positiva atual, abstratamente, não se mostra constitucionalmente adequado extirpar direitos que denotam direitos fundamentais ou são desdobramentos de princípios fundamentais da própria República Federativa.

Com efeito, na medida em que os direitos políticos encerram, desenganadamente, um desdobramento de princípio fundamental, traduz-se sua restrição ou abolição, através de emenda à Constituição, em subversão do sistema constitucional vigente, em um dos seus mais importantes direcionamentos abstratos: o princípio democrático.

Nessa linha de raciocínio lógico-formal, José Afonso da Silva (1994, p. 305) conceitua *direito político* como aquele consistente na

*disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular, o que, em essência, equivale, para o regime representativo, à noção dada por Rosah Russomano, para quem os ‘direitos políticos, visualizados em sua acepção restrita, encarnam o poder de que dispõe o indivíduo para interferir na estrutura governamental, através do voto.’ (Grifo do autor)*

Destarte, a obstrução desse exercício da soberania popular (regime democrático-representativo) mostra-se inadequada na medida em que suprime ou restringe, de uma parcela da população, o direito de ser votada. E, frise-se, mesmo para a sua restrição, mister a ponderação entre os direitos envolvidos, em face da natureza fundamental dos direitos políticos. É que, como ensina Gilmar Ferreira Mendes (2002, p.211), “O *âmbito de proteção* de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (*Tatbeständen*) contemplados na norma jurídica (v. g. reunir-se sob determinadas condições) e a conseqüência comum, a proteção fundamental.” (Grifos do autor)

Para o descobrimento do *âmbito de proteção* de determinado direito fundamental, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (2002, p. 212-3) propõe:

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização pode-se afirmar que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

- (a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);
- (b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas legais de índole restritiva*. (Grifos do autor)

Acolitando tais escólios, é possível extrair a conclusão

segundo a qual as hipóteses fáticas dos direitos políticos, em uma democracia de caráter representativo, radica na possibilidade do homem-social votar e ser votado, enquanto o aspecto conseqüencial refere-se aos direitos de participação no Governo, ativa ou passivamente.

Fixadas as premissas necessárias, impende reconhecer que a EC n.º 45 – na medida em que abole os direitos políticos dos membros do *Parquet* – está maculada pela inconstitucionalidade, por extinguir direitos fundamentais através de Poder Constituinte Reformador.

Nossa Suprema Corte, de seu turno, acolhendo as lições doutrinárias mais consentâneas com o texto constitucional positivo, deixou consignado na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 939-7/DF, Relator Min. Sydney Sanches, que malfeire cláusula pétrea Emenda Constitucional que abole o princípio da anterioridade tributária. É possível colher essa lição do voto do Ministro Celso de Mello, do seguinte teor:

[...] admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados.

Forçoso é admitir, portanto, que, neste particular, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao entender que a nova cláusula constitucional somente se aplica àqueles membros que ingressaram na Instituição após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, ficou a meio caminho do deslince

da questão mais adequado ao texto constitucional, eis que não vislumbrou que a própria EC, no particular, é inerentemente inconstitucional, à luz da doutrina e jurisprudência regentes do tema. Destarte, fixou aquele Conselho, através da Resolução n.º 5, que: “Art. 1º. Estão proibidos de exercer atividade político-partidária os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a publicação da Emenda n.º 45/2004”.

Divisa-se, portanto, o equívoco perpetrado pelo CNMP na medida em que proíbe aos membros do *Parquet* que ingressaram na Instituição após a promulgação da EC n.º 45/2004 o exercício de atividade político-partidária, acolhendo norma jurídica (EC) inconstitucional, por malferir direito fundamental, desdobramento do princípio democrático.

Em compêndio, por se tratar de espécie de direito fundamental, faz-se mister referir que os direitos políticos estão imunes à eliminação por força de reforma que venha a ser operada na Constituição através do Poder Constituinte Derivado ou Reformador, em razão de estarem aqueles confinados no núcleo fixo do texto constitucional.

### 3 Conclusão

À guisa de conclusão, lícito se mostra afirmar que, ao contrário do quanto disposto na Resolução n.º 5, de 20 de março de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, todos os membros do *Parquet*, independentemente da data de ingresso na Instituição, poderão exercer atividades político-partidárias nos limites que a lei de regência estabelecer, diante da cristalina inconstitucionalidade da alínea “e” do inciso II do § 5º do art. 128 da Constituição da República, na redação ofertada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

## 4 Bibliografia

- ALEXYS, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. 607p.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 321p.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1994. 768p.

### 3.1.3 Estado e Direito

Historicamente, duas diferentes doutrinas sobre a relação entre o Estado e o Direito evoluíram, em relativa situação de aproximado paralelismo, buscando explicar o gênese da concepção jurídico-legal do Direito em contraposição à efetiva realidade político-formal do Estado: a doutrina dualista e a doutrina pluralista.

A primeira, de natureza *dual*, simplesmente afirma tratar-se do Estado e o Direito de duas realidades distintas, desprovidas de qualquer forma relacional, e plenamente independentes; ao passo que a segunda, de natureza *plural*, defende tese oposta, segundo a qual o Direito é sempre resultado da sociedade (e dos agrupamen-

tos coletivos) e das instituições públicas e sociopolíticas (ainda que primitivas e iniciais) que necessariamente a compõem.

De fato, não obstante a insistência perpetuadora de alguns adeptos da primeira linha de pensamento (muito mais fundamentada em concepções filosóficas, religiosas e mesmo mitológicas do que propriamente realistas), a corrente pluralista tem demonstrado, de forma cada vez mais categórica, sua base científica, mesmo desde os primórdios da antiguidade clássica.

ARISTÓTELES (385-322 aC), discípulo de PLATÃO, já afirmava que o Estado era o elemento fundamental para prover as condições para a ordem perfeita (*nomos*) e a lei o instrumento

Reis Friede

*Desembargador Federal e Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito / UFRJ, Mestre e Doutor em Direito e Autor; dentre outras, da obra “Curso de Ciência Política e de T.G.E.: Teoria Constitucional e Relações Internacionais”, Forense Universitária.*

para a racionalização desta. HOBBS (1588-1679) já apregoava o Direito como produto do Estado para proteger os cidadãos contra inimigos externos e discórdias internas. ROUSSEAU (1712-1778), traduzindo o Estado através de um contrato social, defendia o Direito como mecanismo de conciliação entre a vontade individual e o bem coletivo. MONTESQUIEU (1689-1775) interpretava o Estado, simplesmente, como o “sujeito que estabelece normas”. DURKHEIM (1858-1917), MAX WEBER (1864-1920), H. LEVY-BRUHL (1857-1939) e R. POUND (1870-1964), por sua vez, creditavam ao Estado a natureza institucional, associando o Direito como elemento, respectivamente, de conexão com a coação organizada, disposição da ordem coercitiva, de criação de normas obrigatórias e de controle do processo de reconhecimento e realização das necessidades humanas.<sup>1</sup>

Por outro prisma, não há deixar de reconhecer que formas elementares de Direito não somente regulavam (como ainda regulam, mesmo que excepcionalmente) agrupamentos sociais básicos e a sociedade primitiva, muito antes do advento das sociedades complexas, das Nações e, por via de consequência, do próprio Estado, como também continuam, sob certo aspecto, a regular condutas de organização comportamental interna e externa de grupos paraestatais e mesmo, em algum grau, de indivíduos isolados.<sup>2</sup>

Ainda assim, é correto afirmar que, com o advento do Estado, - na qualidade de ente coletivo último, resultante do processo evolutivo dos agrupamentos sociais humanos (considerando a própria impossibilidade fática de sobrevivência isolada (solitária) do ser humano) -, o Direito, não obstante a aparente diversidade de suas pretensas ordens jurídicas (infra-estatal / sociedades civis de modo geral, supra-estatal / organismos internacionais, paraestatal / contrária à ordem estatal oficial e mesmo transestatal / indiferente à ordem estatal oficial), sempre se efetiva como consequência dele, ainda que possa, eventualmente, se exteriorizar (temporariamente) de forma diversa e paralela em relação ao próprio ente estatal oficial.

Tal fato, cumpre esclarecer, decorre da sinérgica existência do terceiro elemento constitutivo do Estado, ou seja a soberania (em seu aspecto substantivo) que encerra, em sua vertente exteriorizante, a própria concepção estrutural do Estado e do poder originário constituinte, na qualidade de derradeiro responsável pela sua caracterização existencial e funcional.<sup>3</sup>

Não é por outro motivo que ALESSANDRO GROPPALI (*in Doutrina dello Stato*) afirma textualmente que, através do poder soberano (*superanus, supremitas, supremacia*), o Estado se impôs como entidade dotada de poder incontestável, assegurando, para si, com plena hegemonia, o monopólio exclusivo da criação da normatividade jurídica.<sup>4</sup>

### 1. Concepção Filosófica do Direito e sua Relação com o Estado

Não obstante a relativa primazia, no seio da doutrina pluralista, da concepção política do poder soberano, afirmando o Estado como entidade criadora do Direito (positivo), sob a óptica técnico-jurídica, não podemos deixar de registrar a existência de uma concepção interpretativa, de nítida feição filosófica, que traduz o fenômeno jurídico em relativa contraposição, como uma espécie de “freio e contrapeso” ao próprio poder estatal.

Essa concepção ideológica que, de maneira simplificada, percebe o Direito como instrumento de oposição ao pretense “po-

der imperial” do Estado, ignora, todavia, os vícios de sua própria origem histórica, qual seja: a luta dos agrupamentos humanos organizados dentro do Estado, mormente na Europa absolutista, contra o poder imperial do Rei (governante), fundado, por sua vez, na concepção vigente à época, naquele continente, relativamente à chamada soberania teocrática.

Por efeito conseqüente, toda a construção filosófica de um pretense Direito contra o Estado (e não produzido por ele), foi (e, em outras situações, continua a ser) cunhada muito mais para respaldar ideologicamente a “derrubada” de um regime político do que propriamente para afirmar a possibilidade da existência de um Direito – genuinamente legítimo e forjado por um indivíduo ou um grupo de indivíduos (o que se coaduna mais próximo da realidade pertencente a um Estado, em inexorável contraposição político-jurídica a ele, sem a intenção (direta ou indireta) de, na coexistência temporal de Direitos antagônicos (o estatal oficial e o grupal (ou mesmo individual)), forjar um novo Estado substitutivo ao oficialmente existente.

Não podemos nos esquecer de que todos os direitos fundamentais individuais (e as liberdades públicas de modo mais amplo) encontram-se assegurados no que convencionamos chamar de Constituição que, em linguagem simples, nada mais é do que a declaração última de conclusão da construção do próprio Estado, obra derradeira do denominado Poder Constituinte, na qualidade de expressão máxima da soberania nacional.

Portanto, é o próprio Estado, - através de sua inerente normatividade -, que assegura, em última instância, os direitos individuais, afirmando os limites de atuação do poder público governamental em sentido amplo (ações executivas, legislativas e jurisdicionais) em relação aos seus cidadãos (nacionais) e eventualmente aos estrangeiros em seu território geográfico.<sup>5</sup>

### Notas Complementares:

#### 1.Estados Paralelos Transnacionais e Transideológicos

É de considerar, em necessário acréscimo, que nem sempre o objetivo último dos grupos paraestatais ou mesmo transestatais é a “derrubada” formal do Estado oficial (e de seu conseqüente Direito positivo) para, em seu lugar, construir, na mesma extensão do âmbito espacial (território geográfico em sua totalidade) e pessoal (somatório dos nacionais (povo)), um novo Estado, em sua plenitude estrutural.

Muito pelo contrário, contemporaneamente, estes grupos, de nítida feição transideológica e transnacional, buscam, - de um modo diametralmente diverso de outros movimentos típicos da realidade dos séculos XIX e XX -, a obtenção de uma soberania restrita a uma dimensão territorial reduzida (porém compreendida nas fronteiras do território estatal oficial) e a uma igualmente dimensão pessoal reduzida (apenas sobre uma parcela populacional existente no território restrito ou de interesse específico), procurando estabelecer, neste contexto, a caracterização efetiva de um autêntico “Estado Paralelo” em que seja possível o exercício pleno de um correspondente “Direito Paralelo”.<sup>6</sup>

Essa realidade, resta registrar, é típica do que convencionou-se denominar por Estados Fracos (dotados de regimes políticos não plenamente consolidados) em que a efetivação do poder inerente à soberania ainda não ocorreu (ou jamais ocorrerá), forjando um Direito de exteriorização meramente ficcional.<sup>7</sup>

## 2. Estado Paralelo Clássico

É no chamado Estado Paralelo Clássico, - em virtual oposição aos objetivos restritivos dos grupos paraestatais (e, em certo aspecto, transestatais) típicos do século XXI -, que se verifica a plena (e gradativa) substituição do Estado Oficial pelo novo Estado, com nítida e diferente matiz ideológica.

Além do caso clássico da Alemanha, destaca-se o exemplo do Vietnã onde, durante muitos anos, perdurou a existência de diversos grupos paraestatais (v.g. o movimento vietgong) atuando em confronto com o Estado Oficial do Vietnã do Sul, apoiado por um governo estrangeiro (EUA), que por sua vez, encontrava-se constantemente ameaçado pelo Estado Oficial do Vietnã do Norte que acabou, em 1975, por invadi-lo e unificá-lo,

absorvendo não só os vietgongs como todos os demais grupos paramilitares e de guerrilha, expulsando os últimos soldados e assessores norte-americanos e solidificando, assim, uma única e efetiva soberania política, caracterizando, dessa feita, a construção (e a correspondente consolidação) – em território geográfico e sobre o povo do antigo Vietnã do Sul -, de um novo Estado, gerador de uma nova e oficial normatividade jurídica, ainda que, neste caso particular, preexistente em Estado vizinho (o que a doutrina clássica costuma designar por transformação do Estado na modalidade extinção (através de conquista ou incorporação) mesmo se considerarmos, na hipótese, a evidente identidade sociocultural de ambas populações que se constituíram à época (como obviamente ainda se constituem) em um só povo e, conseqüentemente, em uma única Nação.

## Notas

<sup>1</sup> É importante consignar, consoante lição de LUÍS MIR (in Guerra Civil, Geração Ed., 1ª Ed., SP, 2004, p. 186 e segs.) que o Direito é considerado um fenômeno verificável em todas as organizações sociais que, a exemplo do Estado, se constituem em verdadeiros centros de produção de normas, até porque ubi societas ibi jus (onde houver sociedade haverá Direito).

<sup>2</sup> Tal constatação, vale esclarecer, encontra, entretanto, muito mais de sua verdade na irrefutável constatação de que o Direito se constitui em uma inexorável realidade ficcional, - necessitando pois, sempre e em qualquer hipótese, da existência concreta de um elemento garantidor, dotado de capacidade real de transformar o Direito originariamente abstrato (teórico) em um Direito concreto e efetivo (pragmático) -, do que propriamente na pseudo idéia de que possa existir (de forma permanente) entidades geradoras de Direito concorrendo diretamente com o Estado, considerando que, - como bem adverte HANS KELSEN (1881-1973), em sua consagrada obra Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre) -, em grande medida, a realidade do Estado se confunde com a própria realidade do Direito, fazendo com que a força operativa do Estado e a vigência das leis que o mesmo edita criem o denominado “constrangimento organizado” (fruto da exteriorização do poder soberano) e a chamada ordem jurídica dotada de caráter de organização totalizante em que o território estatal passa a ser um simples âmbito geográfico de aplicação espacial da lei, ao passo que o povo uma mera esfera de aplicação pessoal da lei.

Portanto, quando grupos paraestatais (ou mesmo, excepcionalmente, indivíduos isolados) competem com o poder normativo, inerente ao Estado, o que existe, em essência, é o início (ou mesmo a consolidação) de um genuíno “Estado Paralelo”, em um processo dialético de confronto, cujo resultado será, necessariamente (ainda que sem um lapso temporal totalmente previsível), a substituição do Estado Oficial (existente) pelo (novo) Estado Paralelo (caso clássico da Alemanha no final da década de 20 e início dos anos 30, do século anterior, quando o Estado Oficial deu lugar ao Estado Nazista) ou, ao reverso, a sua absorção, com a conseqüente descaracterização (ou mesmo efetiva destruição) do mesmo (como é o caso da ampla maioria dos Estados contemporâneos consolidados, especialmente no chamado Primeiro Mundo).

No que concerne, por outro lado, à indiscutível existência do Direito em Sociedades anteriores ao advento de Estado, - e mesmo em Nações dotadas ou não de territórios -, é cediço concluir quanto à incontestável direção evolutiva destas coletividades sociais na futura construção político-estrutural do Estado (como é o caso clássico da Palestina). Neste sentido, resta oportuno consignar a idéia aristotélica de uma autêntica organização teleológica das comunidades naturais: “a Cidade (Estado) é o fim de todas as comunidades naturais” (Pol.I,2).

<sup>3</sup> Resta evidente, por outro lado, que a temporiedade relativamente à exteriorização de um reconhecido direito paralelo, especialmente de natureza paraestatal, - concorrendo diretamente com o direito estatal (e, em alguns casos, até mesmo desafiando a ordem jurídico-política oficial) -, depende, sobretudo, da capacidade efetiva de projeção da soberania (e de seu conseqüente poder de concreção) do Estado, na exata medida que em sendo a soberania um conceito meramente abstrato, somente através da exteriorização de característicos elementos de força (militar, econômica, política e psicossocial) é verdadeiramente possível a efetiva e concreta existência do Estado como genuína realidade político-jurídica.

<sup>4</sup> “As normas que qualquer outra sociedade expedir para sua própria organização e funcionamento são de caráter meramente social e somente se tornam jurídicas quando reconhecidas pelo Estado ou admitidas na ordem jurídica estatal. Os grupos sociais minoritários que existem no Estado podem ser regulados por um código próprio de normas, mas estas somente serão consideradas como ordens jurídicas válidas apenas no âmbito interno, pois, se observadas do lado de fora, isto é, do ponto de vista da ordem estatal, ficam imediatamente privadas de autonomia. Se forem contrárias à ordem jurídica estatal, serão eliminadas. (...)”

(...) Mesmo uma empresa criminosa organizada, denominada societas scleris, pode apresentar uma hierarquia com especificação de direitos e deveres, e suas normas podem, até, ser análogas às normas do Estado, mas nunca serão idênticas, pois não são verdadeiras. Autênticas normas jurídicas são o contrário disso: seus membros agem em aberto contraste com a ordem jurídica que tutela um determinado conjunto de valores sociais.” (Alessandro Groppali in Doutrina dello Stato).

<sup>5</sup> “A expressão Direitos Constitucionais Fundamentais se refere, sobretudo, a uma ideologia política de determinada ordem jurídica e a uma concepção de vida e do mundo histórico, designando, no Direito Positivo, o conjunto de prerrogativas que se concretizam para a garantia da convivência social digna, livre e igual da pessoa humana na estrutura e organização do Estado” (Pinto Ferreira in Manual de Direito Constitucional, p. 52).

<sup>6</sup> Sem precisar citar diretamente a situação da Colômbia, em que, há mais de 40 anos, grupos paramilitares (como as FARC) controlam parcela expressiva do território estatal e da população local, exercendo - como se Estado fosse - a primazia dos poderes inerentes à soberania, dentre as quais a edição das leis; vale mencionar a própria situação da cidade do Rio de Janeiro, onde a ausência, pelo menos parcial, do Estado oficial tem viabilizado a caracterização estrutural de verdadeiros territórios (fragmentados) em que a população local é regida por leis paralelas que têm permitido não somente a edição de normas administrativas de postura municipal próprias (v.g. cotas (gabarito) de construção civil), passando pela exploração paralela de serviços públicos, até a criação de órgão policial e judicante, inclusive com permissivo legal-constitucional de execução de pena de morte.

<sup>7</sup> “(...) Os danos são evidentes (relativamente à instalação dos “Estado Paralelo” nas favelas cariocas). Principalmente no que tange à segurança pública. Como esses locais se transformaram em trincheiras, com toda a dificuldade de acesso e monitoramento, a polícia não consegue desencastelar os bandidos. As explosões de violência são previsíveis e toleradas. Na semana passada, traficantes tomaram um ônibus e queimaram vivos os passageiros. Cinco pessoas que voltavam para casa morreram carbonizadas, entre elas uma menina de 2 anos. Doze pessoas ficaram feridas. Foi o 73º ataque de traficantes a ônibus no Rio de Janeiro neste ano. Nada foi feito antes para evitar esses ataques. Previsivelmente, nada será feito agora. Em um país civilizado, manifestações de crueldade e impunidade dessa magnitude derrubariam o prefeito, o governador, o ministro da justiça e o presidente. No Brasil, vai-se colocar a culpa na desigualdade de renda e tudo continuará na mesma. Se o crescimento descontrolado das favelas é um drama, a impunidade dos criminosos que elas escondem é uma tragédia.”

O primeiro passo para entender a favelização é notar que o processo é secular e nunca foi enfrentado a sério. A favelização ocorreu no vácuo do Estado. (...) (Ronaldo Franco e Ronaldo Soares in O Drama do Populismo Urbano; Revista Veja, 7 de dezembro de 2005, p. 84)

### 3.1.3 Dispensabilidade de autorização legislativa municipal para concessão de prestação de serviço público de saneamento básico pelo prefeito municipal

**Nélio Costa Dutra Jr.**

*Promotor de Justiça*

*3ª Promotoria de Justiça de Timóteo/MG*

*Pós-graduando em Curso de Especialização em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental*

*Universidade Federal de Ouro Preto/MG – Fundação Gorceix*



Nélio Costa Dutra Jr.

De acordo com o artigo 175, *caput*, da Constituição da República, “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A Lei Federal nº 8.987, de 13.02.95, diploma legislativo pioneiro em disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, em nível federal, foi seguida

de outras, entre as quais, a Lei Federal nº 9.074, de 07.07.95, que trouxe em seu artigo 2º a seguinte previsão:

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995. (grifo não contido no original)

Por sua vez, consigna-se conceituação de saneamento básico, trazida pela Lei Federal nº 11.445, de 05.01.07, em seu artigo 3º:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:  
I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
- d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

Em sintonia com o critério constitucional de distribuição de competências, atribui-se ao Município competência para organizar e prestar serviços públicos locais, de forma direta, ou

sob regime de concessão e permissão, como previsto no artigo 30, V, da Constituição Federal.

No entanto, em se tratando de prestação de serviço público de saneamento básico, no âmbito municipal, há discussão sobre a prescindibilidade de lei autorizativa, a ser expedida previamente pela Câmara Municipal, para ser viabilizada a concessão do referido serviço público, quando as Leis Orgânicas Municipais não fazem tal ressalva, pois a exceção se encontra disciplinada em legislação federal, que dispõe sobre concessões e permissões federais.

De acordo com o citado artigo 2º, da Lei Federal nº 9.074, de 07.07.95, as concessões de serviços públicos pelo Executivo dependem de leis autorizativas nas respectivas esferas, quais sejam, federal, estadual e municipal, em harmonia com a previsão constitucional contida no artigo 175, *caput*, que prevê possibilidade de concessão, *na forma da lei* (entenda-se: na forma da lei editada na respectiva esfera de competência).

Todavia, quando a Lei Federal nº 9.074, de 07.07.95, faz expressa ressalva quanto à dispensabilidade de lei autorizativa nas hipóteses de saneamento básico e limpeza urbana (esta, na verdade, já se encontra inserida no conceito de saneamento básico, como demonstrado), tal norma extrapola a regulamentação das concessões e permissões federais, para disciplinar matéria de caráter nacional, a vincular os demais entes federados.

Nesse ponto, está a União, nitidamente, editando norma geral, no uso de sua competência concorrente, com vistas à proteção do meio ambiente (artigo 24, VI, CF), bem como proteção e defesa da saúde (artigo 24, XII, CF).

Tais fundamentos estão diretamente relacionados à prestação de serviços de saneamento básico, pois estreme de dúvidas que a falta de infra-estrutura nesse setor gera, notadamente, poluição dos recursos hídricos e, por conseqüência, danos à saúde humana.

Portanto, a União, ao excepcionar, nas hipóteses de saneamento básico, a necessidade de lei autorizativa, está emitindo norma de caráter geral, a ser obedecida pelas legislações estaduais e municipais, que não podem, dessa forma, condicionar a prestação de tal serviço, por meio de concessão ou permissão, à autorização legislativa prévia, ainda que não haja, expressamente, tal ressalva nas leis estaduais e municipais.

A corroborar esse posicionamento, assinala-se, ainda, fundamento embasado na independência dos poderes, a justificar dispensabilidade de lei autorizativa, nas esferas estaduais e municipais, pois, em relação à prestação de serviço público de saneamento básico, não seria adequado ficar o Poder Executivo à mercê da vontade política do Legislativo na aprovação da respectiva legislação, notadamente, naqueles casos em que os

membros da Casa Legislativa integrassem bloco de oposição ao Chefe da Administração.

Nessa situação, eventual desídia dos parlamentares na apreciação de projeto de lei de concessão ou permissão de serviço público, para fins de saneamento básico, daria azo à responsabilização do Chefe do Executivo nos âmbitos criminal, cível e administrativo, ainda que este tivesse apresentado iniciativa legislativa para tal escopo.

Posicionamento contrário ensejaria, por parte do Ministério Público, o dever de responsabilização do Chefe do Poder Legislativo, juntamente com o Chefe do Poder Executivo, nas esferas cível e criminal, uma vez que a omissão da Administração, na efetiva prestação de serviço público de saneamento básico, estaria intimamente atrelada à inércia da Casa Legislativa, em relação à apreciação de projeto de lei, de iniciativa do Executivo, referente à concessão ou permissão de serviço público de saneamento básico.

### 3.1.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

#### A) Obras doutrinárias

##### 3.1.5.1 BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo.** Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, 381p.

O autor, como o próprio título induz, faz uma análise profunda da Suprema Corte Americana, sob os aspectos políticos e jurídicos, passando pela forma de escolha de seus juízes, bem

como a idiosincrasia de cada um. Obra indispensável para os observadores tanto da Suprema Corte Americana como do nosso próprio STF.

##### 3.1.5.2 MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall.** Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, 432p.

A obra, traduzida para o português em 1903 pelo ex-Ministro do STF Américo Lobo, em razão de sua importância para o direito constitucional moderno, foi reeditada pelo Ministério da Justiça. Contém os principais casos analisados e decididos por aquele que até hoje é considerado o mais importante Juiz da Corte

Americana, John Marshall. Dá-se ênfase ao famoso caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, quando ainda era incipiente a Federação Norte-Americana. Livro essencial para o entendimento do sistema de controle de constitucionalidade difuso e concreto.

#### B) Artigos

##### 3.1.5.3 BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Boletim de Direito Administrativo, p. 20-49, jan 2007.

O autor, um dos mais ilustres constitucionalistas contemporâneos, aprecia, neste artigo, a força normativa da Constituição e, por conseqüência, a expansão da jurisdição constitucional

no Brasil, concluindo pelo fenômeno da constitucionalização do Direito brasileiro, fato inédito, ainda na visão do jurista, em terras pátrias.

##### 3.1.5.4 DANTAS, F. C. de San Tiago. **Igualdade perante a lei e “due process of law”: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo.** Revista Forense. v. 166, p. 357-367, abril de 1948.

Como o próprio nome indica, o autor, eminente jurista, perquire sobre as limitações do Legislador na sua concretização do princípio do devido processo legal adjetivo quando do exercício de sua competência, qual seja, a legiferante. Assim, como afirma o articulista: “o ato legislativo *in concretu*, ou se

refere a uma norma geral preexistente (e nesse caso é válido, constituindo um ato de governo reservado à competência do Parlamento), ou exorbita de normas gerais preexistentes, e nesse caso fere o princípio da igualdade de todos perante a lei.”

### 3.1.6 Jurisprudências da área

#### 3.1.6.1 TJRS, 1ª Câmara Cível. *O Ministério Público pode requisitar prontuário de pacientes para o exercício de sua função. Ausência de violação a sigilo médico-profissional*

**EMENTA:** SIGILO MÉDICO/PROFISSIONAL. REQUISIÇÃO DE PRONTUÁRIOS DE PACIENTES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATO QUE TEM AMPARO NA LF-8625 DE 1993, ART-26 INC-II PAR-2, E NA CIRCUNSTÂNCIA DE QUE O SIGILO OBJETIVA O RESGUARDO DE INTERESSES INDI-

VIDUAIS, NÃO O PODENDO, TODAVIA, SOBREPOR-SE A OUTROS, DE MAIOR MAGNITUDE. SEGURANÇA DENEGADA. (TJRS, 1ª Câmara Cível, MS nº595198409, Rel. Des. José Vellinho de Lacerda, j. 07.02.1996, DJ 07.02.1996).

#### 3.1.6.2 STF, Pleno. *Lei 9.536/97. Possibilidade da transferência ex officio, entre instituições de ensino, de estudante servidor público federal civil ou militar [ou seus dependentes], desde que a natureza jurídica dos estabelecimentos de ensino envolvidos seja a mesma*

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA. É possível, juridicamente, formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. UNIVERSIDADE - TRANSFERÊNCIA OBRIGATÓRIA DE ALUNO - LEI Nº

9.536/97. A constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.536/97, viabilizador da transferência de alunos, pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congeneridade das instituições envolvidas - de privada para privada, de pública para pública -, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem - de privada para pública (STF, Pleno, ADI nº 3324/DF, Rel. Min. Marco Aurelio, j. 16.12.2004, DJ 05.08.2005, p. 5).

#### 3.1.6.3 STF, 1ª Turma. *A aposentadoria compulsória aos 70 anos não se aplica aos notários e registradores, pois, apesar de exercerem função estatal, não são considerados titulares de cargos públicos efetivos*

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA (ART. 40, § 1º, II, DA CF/88, REDAÇÃO DADA PELA EC 20/98) AOS NOTÁRIOS E OFICIAIS DE REGISTRO. I - Os notários e registradores, a despeito de exercerem atividade estatal,

não são titulares de cargo público efetivo e, pois, não se submetem à aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, II, da CF/88 (redação dada pela EC 20/98). Precedentes. II - Agravo não provido (STF, 1ª Turma, RE-AgR 432386 / PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.06.2005, DJ 18.08.2006, p. 23).

#### 3.1.6.4 TJMG, 5ª Câmara Cível. *O Ministério Público, via ação civil pública, pode impugnar critérios de desempate previstos em edital de concurso público. Inconstitucionalidade de critérios que levam em conta o tempo de serviço público prestado e o tempo de residência no território do respectivo ente federativo onde se realiza o certame. Violação aos princípios da isonomia, moralidade e razoabilidade, ao privilegiar um grupo restrito de pessoas*

**EMENTA:** DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA LEI MUNICIPAL DE TEIXEIRA RECONHECIDA PELA CORTE SUPERIOR DO TJMG. REPERCUSSÃO DO ACÓRDÃO NO EXAME DA VALIDADE DO EDITAL DO CONCURSO PÚBLICO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA NO REEXAME NECESSÁRIO. A Corte Superior, no acórdão de f. 323/356 - TJ, julgou parcialmente procedente o incidente de inconstitucionalidade n. 1.0000.04.410105-3/000, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 5º da Lei Complementar n. 006/2001, do Município de Teixeira, afirmando, contudo, a constitucionalidade do artigo 1º, “caput”, e de seu parágrafo único, da referida Lei Municipal, e, determinando o retorno dos autos à 5ª Câmara Cível, para que se dê prosseguimento ao feito. Os efeitos do acórdão da Corte Superior vinculam o exame da nulidade parcial do Edital 01/2002, pois este apenas reproduz as disposições da referida Lei Comple-

mentar. Assim, os itens 8.1, 8.1.1 e 10.5 do mencionado edital, que reproduzem, respectivamente, o artigo 1º e o parágrafo único, da Lei Complementar n. 006/2001, são válidos, face ao que restou decidido pela Corte Superior. Já os itens 8.2, 8.13 do citado edital são nulos, pois reproduzem os artigos 2º e 5º da Lei Complementar n.006/2001, que foram considerados inconstitucionais pela Corte Superior. **Por fim, o item 10.4 do edital, ao prever que, “em caso de desempate, terá preferência, sucessivamente, o candidato que tiver maior nota na prova específica, o com maior tempo de serviço prestado ao Município de Teixeiras, o residente em Teixeiras e o mais idoso”, dever ter sua nulidade, parcialmente, reconhecida, para afastar as expressões “o com o maior tempo de serviço prestado ao Município de Teixeiras e o residente em Teixeiras”, porquanto adota um critério de desempate que macula o princípio da isonomia, moralidade e razoabilidade, ao privilegiar um grupo restrito de pessoas.**

(...)



O Ministério Público pediu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º e seu parágrafo único, artigo 2º e artigo 5º da Lei Complementar n. 006/2001 do Município de Teixeira, por meio de declaração incidental, para proteger o patrimônio público, visto que o edital do concurso público para preenchimento de cargos do Quadro Pessoal do Poder Executivo, previa, segundo o alegado, tratamento discriminatório aos candidatos, o que representaria violação aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, isonomia e razoabilidade.

**O pleito do Ministério Público formulado, em sede de ação civil pública, se mostra adequado, pois, no controle de constitucionalidade por via de exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer seja o juízo. Assim, a ação civil pública pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei municipal, já que o seu objeto é a defesa de um dos direitos tutelados pela Constituição da República. Dessa forma, explicam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, o pedido na ação civil pública é a proteção do bem tutelado pela Constituição da República, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADIN será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ação civil pública e a da ação direta de inconstitucionalidade.**

O controle da constitucionalidade, por via incidental, se impõe toda vez que a decisão da causa o reclame, não podendo o juiz julgá-la com base em lei que tenha por inconstitucional, senão declará-la em prejudicial, para ir ao objeto do pedido. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RTJ 97/1191, Rel. Min. RAFAEL MAYER -).

(...)

Assim, correta a sentença ao considerar que a ação civil pública constitui meio idôneo para declaração incidental de inconstitucionalidade de lei municipal, porquanto em manifesta consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Se a ação civil pública é forma adequada para declarar a inconstitucionalidade de Lei Municipal, é certo que ela também é meio hábil para suspender a aplicabilidade, anular e questionar edital de concurso público, já que presente ilegalidade ou irre-

gularidade que atinjam o patrimônio público, será a ação civil pública instrumento processual apropriado a evitar tal lesão ou ameaça de lesão, como determina a Lei n. 8.625/93 cumulada com a Lei n. 7.347/85. Em conseqüência, possui o Ministério Público legitimidade para propositura de ação civil pública que questione a regularidade de concurso público, pois tal tema constitui assunto intimamente vinculado ao patrimônio (moral) público - o que interessa à sociedade -, já que realiza o ideal republicano de que o acesso aos cargos públicos se dê em obediência aos princípios da moralidade, impessoalidade, igualdade.

(...)

O tempo de serviço dos servidores estáveis, previsto no artigo 19, parágrafo 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, serve apenas, como bem ressaltou a douta juíza a quo, para os fins de classificação do candidato, desde que não comprometa, na classificação final, o resultado das provas técnicas.

**Destarte, o tempo de serviço jamais pode definir aprovação, sob pena de ofensa aos princípios do concurso público, da impessoalidade e da moralidade administrativa, além de mácula ao art. 5º, caput, combinado com o artigo 37, ambos da Constituição Federal.**

(...)

Como bem ressaltou o douto Desembargador Gudesteu Biber Sampaio, ao examinar o tema, na suspensão de segurança n. 288.269-4, da Comarca de Teixeira: **não se mostra razoável prestigiar o candidato residente no território do Município, em detrimento daquele que fora dele reside, não há, a priori, razão plausível para que se prestigie, ainda que como critério de desempate, apenas no tempo de serviço (ou de experiência, como quer o requerente) prestado na administração municipal local (e nesse ponto, repita-se, não se exige, sequer, correlação ou pertinência entre a função outrora exercida e a relativa ao cargo disputado), em detrimento da experiência que os demais candidatos eventualmente possuam nos quadros de entes públicos outros, inclusive estaduais e federais.”** (TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0685.03.900000-3/001, Rel. Des. Maria Elza, j. 11.08.2005, DJ 23.09.2005).

## 3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

### 3.2.1 O conceito doutrinário do direito coletivo



Senilton Fernandes Garcia

#### 1 Introdução

A atual Constituição Federal brasileira produziu grandes avanços, notadamente nos campos social, econômico e jurídico, entre outros, entretanto, foi no campo jurídico doutrinário que a Lei Maior rompeu com as estruturas então vigentes, adotando uma *novel* sistemática dos Direitos Fundamentais.

Até então o Brasil possuía uma *summa divisio* existente desde as primeiras constituições brasileiras, em que o Direito se dividia em Direito Público e Direito Privado, sendo que o novo diploma legal ao inovar na matéria demonstrou que o Estado Democrático de Direito não se identificava com uma *summa divisio* arcaica e autoritária no sentido de que, o que não era direito do cidadão, era do Estado.

A Constituição Federal, denominada de Cidadã justamente por privilegiar os direitos sociais, não poderia contrariar sua própria “natureza” democrática e manter uma *summa divisio* que não correspondia ao Estado Democrático de Direito. Entretanto, deve-se entender de forma escorreita como se operou essa mudança, para que os operadores do Direito não se refiram à *summa divisio* de forma equivocada, como se nada houvesse mudado efetivamente acerca do tema, apesar de passados quase vinte anos de tal alteração jurídica.

Em nosso estudo acerca da *summa divisio*, antes de abordarmos propriamente o conceito doutrinário, abordaremos o conceito legal, fazendo a diferenciação entre ambos, bem como, será dada uma visão panorâmica do Direito Coletivo no Brasil. Na atualidade, a imensa maioria dos operadores do Direito ainda o desconhece, adotando a antiga e já superada *summa divisio*, tanto em seus pareceres, quanto em suas peças processuais, e, pasmem, até mesmo no magistério do ensino superior tal fato ocorre, de forma injustificada, haja vista que não se pode alegar o desconhecimento da lei, nem se pode agir com incúria ou de forma ineficiente.

Justifica-se, portanto, a abordagem desse tema, porque, em nosso modesto entendimento, a contribuição aqui ofertada servirá, decerto, para esclarecer o entendimento de tantos quantos ainda não tiveram a oportunidade de verem-se face a face com esse interessante assunto.

#### 2 *Summa divisio* clássica X Estado Democrático de Direito

A *summa divisio* clássica remonta ao Império Romano, contudo foi no Estado Liberal francês que tal bipartição ganhou relevo, sendo que originariamente o Direito Público derivava do Estado e tinha por escopo a garantia dos interesses de todos,

#### Senilton Fernandes Garcia

Capitão da Polícia Militar de Minas Gerais  
Especialista em Direito Público – Centro Universitário Newton Paiva  
Especialista em Segurança Pública – Fundação João Pinheiro  
Mestrando em Direito Empresarial - Universidade de Itaúna/MG

genericamente falando, em contrapartida, o Direito Privado era considerado um direito natural, que nascia juntamente com o cidadão. Como se infere, havia a proteção do cidadão contra possíveis interferências danosas cometidas pelo Estado.

Entretanto, em nosso ordenamento jurídico, constata-se que doutrinariamente não havia como manter-se a *summa divisio* clássica, pois o Estado Democrático de Direito é o principal dos pilares de nossa Lei Maior. No Capítulo I, Título II, já se processou a alteração designativa da *summa divisio*, ao mencionar “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” e não, “Direitos e Deveres Públicos e Privados”.

Doutrinariamente ocorreu a publicização do Direito Privado, uma vez que tal bipartição era insuficiente para fazer frente a tantos casos em que não se distinguia sua natureza, de Direito Público ou de Direito Privado. Existia, portanto, uma zona nebulosa entre tais “Direitos”, que trazia enormes dificuldades aos operadores do Direito, dada a insuficiência de tais conceitos ao enfrentamento diário das mais variadas questões, a desafiar as mentes mais brilhantes no sentido da definição se o caso era de Direito Público ou de Direito Privado.

O Estado Democrático de Direito não pressupõe a prevalência do Estado sobre o cidadão, esmagando-o sob o peso de leis que apenas lhe sobrecarregam de deveres, sob o argumento de que a manutenção da paz social tem como pressuposto a significativa inferioridade do cidadão, em face do interesse maior da coletividade. A justiça social e a democracia não passam pelo despotismo de governantes mal intencionados, que desprezam os direitos individuais, vendo o cidadão apenas como uma marionete, da qual tudo pode ser retirado, inclusive sua dignidade.

#### 3 A Constituição da República Federativa do Brasil

“(…) O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje não é tanto *de justificá-los* mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”  
Bobbio (1992)

A Constituição da República Federativa do Brasil ao adotar o Estado Democrático de Direito, passa a focar os Direitos Fundamentais de uma forma nova, bipartindo-o quanto ao sujeito tutelado pelo ordenamento jurídico, individual ou coletivo.

Com a nova *summa divisio*, constatamos a existência de um novo enfoque nos Direitos Fundamentais em que se sobleva o sujeito do Direito a ser tutelado, se ele é individual ou coletivo, independentemente de outras classificações.

Os fundamentos do Direito Coletivo Brasileiro estão expressos no Capítulo I, Título II da Constituição da República, a qual elenca os Direitos Coletivos e os Direitos Individuais entre os Direitos Fundamentais. Nesse capítulo, a defesa do consumidor

é mencionada expressamente como incumbência do Estado em promovê-la, consoante o disposto no art. 5º, inciso XXXII.

Está constitucionalmente expresso também no artigo 129, inciso III, que é função institucional do Ministério Público a promoção do *inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*;

#### 4 O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de proteção e Defesa do Consumidor

A Lei Federal 8.069, de 13 de Julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Capítulo VII, Título VI, do Livro II, dá a seguinte nomenclatura ao citado Capítulo, *in verbis*: “Da Proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos”.

Como se infere do *nomen juris* do transcrito Capítulo, o legislador não descurou de tratar da proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos, utilizando as expressões utilizadas pela Constituição da República em seu já mencionado texto legal.

Quando a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, foi sancionada pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello, não se imaginava o significativo avanço legislativo que estava sendo inserido no ordenamento jurídico pátrio ao se estabelecer tantas e tão profundas alterações nas relações de consumo, e como o consumidor, em especial, seria beneficiado com a nova lei. A citada norma legal primorosamente cuidou da defesa coletiva e individual dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas, como está expresso no artigo 81, que transcrevemos, *in verbis*,

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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

II - interesses ou direitos 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;

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

Tal conceituação legal relaciona-se perfeitamente com o disposto na Constituição da República, complementando, explicando e detalhando os Interesses ou Direitos Difusos, os Interesses ou Direitos Coletivos e os Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos.

Essa classificação dos Direito ou Interesses, e sua subsequente conceituação, indubitavelmente auxilia em muito os estudantes e os operadores do Direito no estudo e aplicação do tipo correto de Direito ou Interesse a ser protegido, bem como, evita discussões estéreis sobre a matéria, haja vista a proliferação de tantos pseudojuristas no País a escreverem sobre todos os ramos do Direito, inclusive lançarem doutrina sobre temas que não dominam.

#### 5 O Conceito doutrinário de Direito Coletivo

O legislador apresentou a conceituação legal, como já

exposto no capítulo precedente. Os doutrinadores brasileiros também apresentaram seus trabalhos acerca do tema, buscando o estabelecimento do conceito doutrinário do Direito Coletivo. Entretanto, tendo em vista que a nova *summa divisio* é relativamente recente, a doutrina ainda está se sedimentando a respeito do tema.

Antes mesmo da promulgação da atual Constituição da República, BARBOSA MOREIRA (1977), bipartia os Direitos Coletivos da seguinte maneira:

a) De direitos individuais, que poderiam ser tutelados pelo próprio indivíduo ou coletivamente por pertencerem a pessoas individualizadas e determináveis, e tutelariam objeto divisível e distinguível, sendo estes últimos os direitos acidentalmente coletivos, representados pelos Direitos Individuais Homogêneos.

b) De direitos que poderiam ser entendidos como coletivos haja vista tutelarem direitos de uma coletividade ou comunidade formada por indivíduos indeterminados, que poderiam ser considerados os direitos essencialmente coletivos, em destaque os Direitos Coletivos em Sentido Restrito e os Direitos Difusos.

O artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem sido o norte para o doutrinador brasileiro, porquanto sua divisão legal tripartite não pode ser desprezada, ou seja, a doutrina não pode estar na contramão do contido nos diplomas legais que tratam sobre o tema. Ela tem obrigatoriamente que andar *paripassu* com a legislação vigente no país.

Dentre os doutrinadores pátrios destaca-se LENZA (2003) que põe em relevo a caracterização apresentada pela doutrina relativamente aos interesses/direitos metaindividuais e analisa cada um dos seus subtipos consoante os critérios de transindividualidade, indeterminação dos sujeitos, modo de agregação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto e possibilidade de transação quanto ao objeto de tutela jurisdicional.

Direitos ou Interesses Individuais são aqueles que se relacionam às necessidades do indivíduo, enquanto Direitos ou Interesses Coletivos são aqueles que possuem uma natureza nitidamente corporativa, são organizadas objetivando o atendimento dos interesses de agrupamentos de pessoas, sendo que a decorrência de vantagens individuais nunca se relaciona ao interesse principal do agrupamento, mas ocorre reflexamente. O Direito ou Interesse Coletivo relaciona-se ao interesse pessoal dos agrupamentos de pessoas, ou seja, cada indivíduo possui o mesmo interesse que seu colega. Pode-se dar também devido à soma dos interesses de cada indivíduo. Nesse caso, tratar-se-ia de uma seqüência em que cada parte do interesse representa o interesse isolado de cada um, mas não contrário a nenhum dos outros interesses presentes no agrupamento. Por último temos que poderá ser uma síntese dos interesses individuais, neste caso, genericamente falando, todos têm o mesmo interesse, ainda que dirijam de detalhes relacionados ao interesse comum.

Os Direitos ou Interesses Difusos caracterizam-se pela indeterminação dos seus tutelados, haja vista que estão sempre espalhados em coletividades ou segmentos sociais relativamente grandes, são marcados pela indivisibilidade do objeto a ser protegido, por estarem permeando a sociedade, sendo impossível a fruição que privilegie qualquer dos indivíduos ou agrupamentos de pessoas. Possuem intenso antagonismo *interna corporis*, pois os valores ainda não estão consolidados juridicamente. Eles têm grande tendência à mudança, devido às contingências que alteram

a situação da ocasião em que o interesse surgiu.

O Direito ou Interesse Difuso enfrenta certas barreiras políticas, quais sejam, o receio do enfraquecimento estatal, pois este deixaria de ser um intermediário entre a população detentora do Interesse Difuso, que acionaria diretamente o Poder Judiciário, sem passar pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Haveria indubitavelmente perda de influência política. Tal acesso direto ao Poder Judiciário entraria em conflito com o sistema político-representativo, que existe para atender às aspirações populares. O Poder Judiciário se tornaria um superpoder, com o conseqüente esvaziamento dos demais Poderes do estado, em clara afronta ao Princípio da Tripartição dos Poderes, prejudicando também a harmonia e independência entre eles.

Como se infere, se o Poder Legislativo e o Poder Executivo forem ágeis e eficientes, quando acionados pelos portadores do Direito ou Interesse Difuso, menor será sua atividade jurisdicional, e não se poderá sequer mencionar em usurpação das funções dos outros Poderes. Não se pode olvidar também que um Poder estatal, tecnicamente, não supre a omissão ou inoperância do outro.

No campo dos Direitos ou Interesses Individuais Homogêneos verificamos que eles decorrem de origem comum e podem ser tutelados a título coletivo, MILARÉ (2002).

Após a exposição das três espécies de Direitos Coletivos que possuem conceituação legal, passaremos a uma quarta espécie denominada de Direitos Difusos de Dimensão Individual. ASSA-GRA (2003) os conceitua como aqueles tutelados na dimensão de Direitos Individuais que atingem, por via reflexa, no mundo dos fatos, o Direito Difuso.

Em todos os casos em que existe um Direito ou Interesse

### 7 Bibliografia

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro** : um novo ramo do Direito Processual (princípio, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.p.72.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 jul. 1990.
- BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 set. 1990.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MILARÉ, Édís (coord.). **Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

### 3.2.2 Do dano moral individual ao dano moral coletivo e difuso



Jamine Gonçalves Bedram

*Advogada, especialista em direito público pelo Unicentro Newton Paiva/ANAMAGES e Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino.*

O dano moral é um instituto deslumbrante. Diretamente conectado aos direitos da personalidade, igualmente deslumbrantes, o dano moral passou por várias etapas de evolução e ainda hoje se encontra em pleno processo de desenvolvimento, cujo final é uma incógnita.

Assim como a nossa sociedade sempre em desenvolvimento, os direitos da personalidade e sua reparação, o dano moral, passaram por diversas fases e permanecem em constante evolução.

Coletivo a ser tutelado pelo Estado, devem ser verificados quais são os tutelados pelo ordenamento jurídico, para então proceder-se à classificação, entre as várias modalidades de Direito Coletivo.

### 6 Conclusão

O conceito doutrinário do Direito Coletivo segue a conceituação legal adotada especialmente no artigo 81, da Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. O Direito Coletivo possui como subespécie o Direito ou Interesse Difuso, o Direito ou Interesse Coletivo no sentido restrito, o Direito ou Interesse Individual Homogêneo, e o Direito Difuso de Dimensão Individual.

O Brasil tem tido, indubitavelmente, um aperfeiçoamento legislativo constante, mesmo que alguns diplomas legais sofram uma inexplicável demora para serem adaptados aos novos tempos, e à sociedade, que vive em permanente mutação de costumes e valores.

É reconfortante ver que os juristas e doutrinadores geralmente convivem harmonicamente com os legisladores, acrescentando sempre doutos ensinamentos, sem divorciar-se do corpo, e do espírito da lei.

Não poderíamos conviver com um ordenamento jurídico confuso, em que está escrito literalmente uma coisa, mas seus intérpretes procuram a todo custo dar-lhe sentido diverso, objetivando muitas vezes a satisfação de interesses pessoais escusos, causando enorme prejuízo para a coletividade.

O conceito doutrinário coloca-se *paripassu* com o conceito legal, esclarecendo, detalhando, enfim, ajudando a todos os estudantes e operadores do Direito a entenderem e agirem de forma acertada, sem receio de errar.

### Jamine Gonçalves Bedram

A história desses institutos sempre foi fustigada por dificuldades sociais e conceituais, estimuladas por sua natureza, incorpórea e impassível de uma exata avaliação e medida.

A sociedade, em sua marcha, assegura-nos uma aventura paradoxal: “poder, crescimento, autotransformação e transformação das coisas ao seu redor – mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos”.<sup>1</sup> Por essa razão, quando alguém causa um dano ao patrimônio de uma pessoa, a responsabilidade civil é o instrumento eficaz apto a repará-lo com justiça e harmonizar o sinalagma perdido. Porém, contido no turbilhão da dinamicidade social, o patrimônio, antes

visto somente sob a luz econômica, também sofreu mudanças e passou a englobar bens jurídicos que, apesar de não serem passíveis de aferição pecuniária, são tão ou ainda mais importantes: os direitos da personalidade.

Tornou-se necessária a criação de um instrumento capaz de restaurar o equilíbrio que havia antes da ocorrência de um dano contra esses bens, contra os direitos da personalidade, instrumento que não estivesse sedimentado em princípios econômicos. Daí surgiram as mais improficuas discussões. Como reparar um dano que não pode ser medido, avaliado e indenizado? O próprio Supremo Tribunal Federal entendia que, ao tratar de responsabilidade civil, só seria possível a indenização pelo dano patrimonial, porque pleitear o dano moral seria imoral, no sentido de que se estaria patrimonializando um valor moral, inestimável. Os antigos processualistas não admitiam esse tipo de reparação, pois, como requisito para o ingresso de uma pretensão no judiciário, era preciso haver um interesse patrimonial, o que não existe quando se pleiteia o dano moral. Ele seria impossível de ser reparado.

Foi promulgada então a Constituição da República Federativa do Brasil. Dentro do título: Dos direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXV ficou estabelecido que a justiça não pode omitir-se quanto à apreciação de lesão ou ameaça a direito e nos incisos V e X ficou expressamente reconhecida a possibilidade de dano moral, assim como assegurada a sua reparação.

A doutrina, então, entendia o dano moral como a dor, a mágoa. Com o tempo essa visão foi superada. A dor ou mágoa não são os danos morais, mas a conseqüência destes. Passou-se a entender, acertadamente, o dano moral como lesão aos direitos da personalidade da pessoa humana, que são aqueles que dizem respeito a sua essência, seus valores interiores. Assim, uma só lesão pode gerar tanto um dano patrimonial quanto um dano moral.

Em contínua evolução, dano moral passou a ser visto, mais do que uma lesão aos direitos da personalidade, mas como uma lesão à própria dignidade da pessoa humana, que é o grande princípio constitucional de onde nascem todos os outros princípios.

Depois disso a abrangência do dano moral foi ampliada e passou-se a entender que também as pessoas jurídicas podem sofrer danos morais, terem seus direitos da personalidade lesados. Não em sua honra subjetiva, pois esta é privativa do ser humano, que por sua natureza é dotado de sentimentos, mas em sua honra objetiva. Nesse sentido, foi editada a súmula 227 do Superior

Tribunal de Justiça e o art. 52 do Código Civil Brasileiro.

Até o momento, todo o direito demonstrado tem por base a pessoa, individualmente. Cada uma das nuances do dano moral foram voltadas para o “eu”. Mas a evolução social possui uma marcha contínua inexorável. A inquietante questão agora é se, hoje, acima do tradicional direito privado individual, seria possível falar em direito privado coletivo ou mais, difuso. Tudo isso com base na solidariedade constitucional, que se foca não só na idéia de indivíduo como também na nação, no bem, na justiça, nos direitos transindividuais, que se destacam da pessoa em si e abrangem os direitos da sociedade inteira, como o direito a um meio ambiente saudável, à paz, à qualidade de vida e à cultura de todo um povo, ao respeito às diversas culturas e histórias existentes em um multicultural Estado Democrático de Direito, como é, belissimamente, o Brasil. Para a tutela desses direitos, surge o dano moral coletivo.

Dessa forma, dano moral coletivo afigura-se quando alguém pratica uma conduta antijurídica, omissiva ou comissiva, que lesiona um bem considerado de grande relevância e estima para toda a sociedade, causando um dano que não é passível de reversão ou possui difícil reparação, assim como ocorre quando é lesada a esfera de direitos da personalidade de uma pessoa.

Essa questão é recente, não havendo a doutrina e jurisprudência discutido efetivamente o assunto. Não obstante, algumas decisões já podem ser encontradas pelos tribunais misoneístas do Brasil, em várias ações propostas pelo Ministério Público. O próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou em acórdão do Recurso Especial nº 598.281, pela impossibilidade de reparação de danos morais coletivos sob a argumentação de que o dano moral só é cabível quando o dano causa sofrimento ao indivíduo, por ferir algum direito de sua personalidade, logo, possui caráter individual. Houve também, no mesmo acórdão, posicionamento contrário, que reconhece o valor dos direitos difusos, a possibilidade e a necessidade de serem tutelados. A jurisprudência que reconhece e concede o dano moral coletivo tem crescido.

Nelson Roosenvald, em palestra sobre o dano moral coletivo, disse que Luiz Roberto Barroso perguntou numa ocasião: qual é o contrário do amor? Todos responderam que é o ódio. Mas não, ele respondeu que o contrário do amor é a indiferença. E acrescentou ainda que nós não podemos ser indiferentes à Constituição, pois já é hora de parar de pensar o direito alijado dos princípios constitucionais. Nós só vamos nos aproximar da verdadeira Justiça no momento em que deixarmos de ser indiferentes à Constituição da República Federativa do Brasil.

## Referências bibliográficas

- BERMAN, Marshall. Tudo o que é sólido desmancha no ar – A aventura da modernidade. São Paulo: Companhia das Letras. 2ª ed. 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Org. Ada Pellegrini Grinover. Disponível em [http://www.direito.ufmg.br/neda/arquivos/anteprojeto\\_cpcc.doc](http://www.direito.ufmg.br/neda/arquivos/anteprojeto_cpcc.doc). Acesso em 08/01/2007.
- BRASIL. Código Civil. Org. Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Org. Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ENECERUS, Ludwig. Tratado de derecho civil. Primer tomo. Barcelona: BDS CH/ Casa Editorial, 1934.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. Dano Moral. 4ª ed. São Paulo: Juarez e Oliveira, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos – conceito e legitimação para agir. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. Direitos de personalidade. Tratados de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1969. Tomo 7, livro 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v.1. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Tutela de urgência na reparação do dano moral. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

### Nota:

<sup>1</sup> BERMAN, Marshall. Tudo o que é sólido desmancha no ar – A aventura da modernidade. Companhia das Letras. 2ª ed. São Paulo. 2005, p. 15.

### 3.2.3 Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa oriunda de dano ambiental

**José Castellões Menezes Neto**  
Assessor Judiciário III – TJMG

A garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado possui natureza de direito indisponível e fundamental de toda a coletividade, tratando-se de um direito difuso de terceira geração. Nesse sentido importa salientar que a ordem constitucional vigente foi expressa sobre o tema, impondo medidas a serem observadas de maneira a garantir o desenvolvimento sustentável, vinculando o exercício de interesses públicos e privados à preservação ambiental.

A defesa da ordem ambiental deve obrigatoriamente ser observada pelos agentes públicos, devendo a atividade administrativa pautar sua conduta com vistas ao bem geral, além de ser atrelada à legalidade estrita, observando-se as normas que ensejam a preservação ambiental. A própria Constituição Federal encontra-se permeada de ordenamentos que visam garantir a efetividade da garantia ao meio ambiente equilibrado. Destaca-se inclusive que, pela primeira vez na história legislativa pátria, a Carta Magna contemplou o meio ambiente em capítulo próprio. Assim, tem-se a previsão do art. 5º, LXXXIII, que prevê a ação popular com fins ambientais; o art. 170, VI que erigiu como um dos princípios da ordem econômica a defesa do meio ambiente; o art. 186, II que exige a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente no tocante à propriedade rural; o art. 200 que, ao prever as atribuições do Sistema Único de Saúde, elencou, entre elas, a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido a do trabalho; o Capítulo VI (art. 225) totalmente dedicado ao meio ambiente; o art. 231, §1º, que reconheceu como terras indígenas aquelas necessárias à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar.

A par das normas protetivas, leciona Hugo Nigro Mazzilli<sup>1</sup> que:

(...) preocupada em conferir efetividade ao seu comando, ao mesmo tempo em que assegurou deveres e direitos ambientais a todos, a Constituição impôs sanções aos infratores, pessoas físicas e jurídicas, com a conseqüente obrigação de reparar os danos causados, e ainda enumerou uma série de deveres do Poder Público, nesta matéria: a) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas às pesquisas e manipulação do material genético; c) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; d) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; e) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; g) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Na seara da Administração e conduta dos agentes públicos, a vigente Constituição preocupou-se com a manutenção de uma

ordem administrativa proba, vinculando a atividade pública a princípios erigidos. Assim, cuidou de prever sanções aplicáveis ao agente que, de qualquer forma, desrespeite os princípios constitucionais (expressos ou implícitos), importando tais condutas em atos de improbidade.

Confira-se a redação do art. 37, §4º:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Nos termos da Lei 8.429/92, pode-se conceituar os atos de improbidade como aqueles que importem em enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário ou que resultem em ofensa aos princípios da Administração Pública. Assim, o conceito de improbidade é muito mais amplo que o prejuízo ou a ilegalidade em si, conforme se extrai das normas contidas nos artigos 9, 10 e 11 do referido diploma legal.

Na doutrina, busca-se o seguinte conceito de improbidade administrativa:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo tráfico de influência nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos<sup>2</sup>. (in Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, FILHO, Marino Pazzaglini.; ROSA, Márcio Fernando Elias.; JÚNIOR, Waldo Fazzo. São Paulo: Atlas, 1999. p. 39.).

Assim, indubitavelmente, diante de uma interpretação sistemática, entre os atos por improbidade administrativa, têm-se incluído aqueles que causem danos ao meio-ambiente. Além de tal conduta violar o princípio da legalidade, porque se trata de bem objeto de efetiva proteção legal, também viola os princípios constitucionais que garantem a integridade do meio ambiente, bem integrante do patrimônio coletivo, cuja proteção, defesa e conservação é imposta ao Poder Público, conforme expressamente previsto pelo *caput* do art. 225 da Constituição Federal, *in verbis*:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, verificado o dano ambiental em virtude de conduta dolosa ou culposa de agente público, está o respectivo legitimado autorizado a propor ação civil pública, apresentando-se esta como meio adequado à proteção de determinados direitos e interesses difusos e conseqüentemente à apuração de responsabilidade por danos ambientais. Nesse tocante o Ministério Público possui

papel essencial de órgão fiscalizador e repressor, possuindo a titularidade para o manejo da ação civil pública a fim de combater dano ambiental.

Cuidou o artigo 129, III, da Constituição Federal de atribuir ao Ministério Público a função institucional de *promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*.

Sobre a conduta do agente público, Marino Pazzaglini Filho, em artigo denominado “Princípios Constitucionais e Improbidade Ambiental”, leciona que:

Os órgãos e entidades públicas tem o poder-dever de atuar na tutela ambiental para “assegurar a efetividade do direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225, §1º da CF). E essa atuação obrigatória e prioritária decorre da norma constitucional, em especial do princípio da prevenção e precaução, que é impositivo, vinculante e coercitivo. Saliente-se que a atuação obrigatória dos agentes públicos incumbidos da tutela do meio ambiente é de duplo conteúdo, ou seja, positiva e negativa. De conteúdo positivo quando tem o dever de executar ações e tarefas que assegurem, com efetividade, o meio ambiente sadio e equilibrado. De conteúdo negativo quando tem o agente público a obrigação de se abster de agir e zelar pela abstenção, por parte dos próprios organismos públicos e de terceiros, de ações nocivas aos bens ambientais. (...)

Enfim, o dever jurídico de boa gestão ambiental deve imperar sempre na atuação dos agentes públicos, não lhes cabendo, nesse aspecto, qualquer margem de discricionariedade. E a violação deste dever constitucional, além de implicar na reparação do dano ecológico causado, na responsabilidade civil do Estado perante os particulares lesados e na responsabilidade administrativa e, por vezes, penal do agente público responsável pela má gestão ambiental (Lei 9.605, de 12.02.1998), pode ensejar a aplicação das sanções estabelecidas na Lei

de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 02.06. 1992).

Ainda no citado estudo, o autor conclui que:

Os princípios constitucionais, cuja violação poderá implicar em ato de improbidade administrativa, são não só os estabelecidos no art. 37 da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), mas todos aqueles recepcionados ao longo do Texto Constitucional, inclusive os contemplados no art. 205 da CF (obrigatoriedade da intervenção estatal, prevenção e precaução, cooperação e responsabilidade integral do degradador)<sup>3</sup>.

Assim, o administrador não se pode furtar de pautar suas condutas tendo em vista a proteção ambiental, sob pena de configuração do ato de improbidade.

Nessa seara, importa ainda consignar que não apenas o ente público (pessoa jurídica) está legitimado a figurar no pólo passivo de ação civil por dano ambiental, mas também o próprio agente causador do dano, já que, na maioria das vezes, este, no uso da máquina administrativa, perpetua as condutas nocivas. Caso contrário, estar-se-ia punindo a coletividade de forma dupla: inicialmente pelo suposto dano ambiental e também por eventual condenação ao município que, no fim das contas, será arcada pelos administrados. Assim, cabe ao autor da ação bem como ao Juiz prudência e razoabilidade para verificar, diante dos elementos trazidos aos autos, a atribuição da responsabilidade ao efetivo causador do dano.

Nesse contexto, apresenta-se a ação civil pública por improbidade administrativa oriunda de dano ambiental como eficaz meio de controle e repressão da conduta do agente público que, no exercício das funções inerentes ao cargo ocupado, descuida-se de observar os preceitos protetivos ao meio ambiente, legitimando-se a aplicação das penalidades referentes. Desse modo, o referido remédio processual apresenta-se como meio eficaz de cumprimento de determinações constitucionais que, inexoravelmente, devem ser observados pelo Administrador.

#### Notas

<sup>1</sup> A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 16ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.135

<sup>2</sup> FILHO, Marino Pazzaglini.; ROSA, Márcio Fernando Elias.; JÚNIOR, Waldo Fazzo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.).

<sup>3</sup> In Revista de Direito Ambiental, ano 5, nº 17 janeiro-março de 2000, p. 112/122.

## 3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

### A) Obras Doutrinárias

#### 3.2.4.1 GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, 525 p.

O consagrado jurista brasileiro, Antonio Gidi, vale lembrar, é Doutor em Direito pela Universidade da Pensilvânia, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP e Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Houston nos Estados Unidos.

Sempre na vanguarda, Antonio Gidi apresenta-nos “uma análise comparativa dos instrumentos jurisdicionais disponíveis no ordenamento norte-americano para a tutela processual dos direitos de grupo através das ações coletivas” (*class actions*) (p. 15). Ensina o autor:

O objetivo deste trabalho é apresentar uma sistematização do processo e do procedimento das ações coletivas americanas, tarefa inédita e inovadora não somente para a doutrina brasileira como no próprio sistema americano. Com efeito, o nível de sistematização atingido nesse trabalho é inédito até mesmo nos Estados Unidos.

(...)

Não se trata de mera exposição do direito estrangeiro, mas de uma pesquisa de direito comparado. O escopo não foi apenas descrever abstratamente um sistema exótico, mas estabelecer uma base teórica concreta para o aprimoramento do direito

positivo, da jurisprudência e da doutrina brasileiros, que é um dos principais objetivos do direito comparado. Para este fim, procurou-se encerrar cada capítulo com uma lição comparativa mais imediata para o direito brasileiro (p. 16-7).

A importância do tema, segundo Gidi, reside no fato de as ações coletivas brasileiras derivarem das *class actions* norte-americanas por via indireta, por intermédio da doutrina italiana. Todavia, o tema ainda não recebeu a merecida atenção pela doutrina brasileira que, salvo algumas publicações esporádicas, continua fortemente apegada à doutrina italiana, “principalmente à mais antiga, como fonte primordial de informações sobre as ações coletivas americanas” (p. 17).

### 3.2.4.2 VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Malheiros: São Paulo, 2007, 502 p.

Elton Venturi é Procurador da República em Curitiba (PR), Mestre e Doutor pela PUC-SP, Professor nos cursos de graduações e pós-graduações em diversas instituições de ensino e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

A obra é fruto da sua tese de doutoramento (sob a orientação de Nelson Nery Jr.), embora o autor nos lembre de que “O processo civil coletivo vem sendo alvo de meus estudos desde que ingressei no Programa de Mestrado da PUC/SP, no ano de 1993(...)”.

Segundo palavras de Elton Venturi:

Objetiva a presente obra abordar os pontos sensíveis da tutela jurisdicional coletiva brasileira, mediante um enfoque tão abrangente quanto possível dos aspectos culturais, políticos, ideológicos e técnicos envolvidos na busca de sua implementação, no intuito da superação das perplexidades apontadas pela praxe forense e, sobretudo, do aprimoramento do sistema das ações coletivas (p. 17).

De fato, o livro fornece um estudo extremamente abrangente sobre o direito coletivo brasileiro, tanto na dimensão material quanto processual, mas sempre enfocando a temática relativa

### 3.2.4.3 FARIAS, Talden. **Direito Ambiental: Tópicos Especiais.** Editora Universitária UFPB: João Pessoa, 2007, 228 p.

Talden Farias é Advogado militante na área do Direito Ambiental, com atuação destacada na Paraíba e Pernambuco, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, Professor Universitário, Assessor Jurídico e autor de diversos artigos jurídicos em revistas especializadas, já tendo colaborado em diversos jornais no Nordeste.

O livro traz uma coletânea de vários escritos e artigos do autor reunidos em 7 capítulos, sendo que “em cada um deles é abordado um assunto específico e independente não existindo necessariamente uma ordem temática, de maneira que os capítulos podem ser lidos de maneira individualizada” (p. 23).

Com efeito, Talden Farias apresenta suas abalizadas opiniões sobre os seguintes temas: Perspectivas Jurídicas do Conceito de Meio Ambiente; Princípios Gerais do Direito Ambiental, Responsabilidade Civil em matéria ambiental: os danos materiais, os danos morais e o meio ambiente; A edificação urbana à margem de rios e de outros reservatórios de água em face do Código Florestal;

Essa é, sem dúvida, uma obra impecável, com conteúdo de acentuado grau de sistematização, sendo leitura obrigatória a todos os estudiosos da matéria em nível avançado.

Por fim, é de se ressaltar que Antonio Gidi foi o idealizador da proposta de criação de um código de processo civil coletivo, tendo inclusive apresentado a primeira versão concreta de um “Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito”. Explica o autor (p. 489): “Trata-se da concretização, com alguns anos de atraso, de uma proposta que lançamos quando da defesa da nossa dissertação de mestrado na PUC-SP em 1993 e publicada em Antonio Gidi, **Coisa julgada e litispendência em ações coletiva**, p. 77, 1995 (...)”

ao processo coletivo.

Outro ponto de destaque foi a abordagem constitucionalista e pluralista que o autor utilizou em seus estudos, o que torna a leitura do livro atual, revigorada e capaz de atender realmente aos anseios e demandas que o processo coletivo tem de enfrentar em sua busca de concretização de justiça social.

Vale citar:

Assim, será a tutela coletiva analisada sob o prisma constitucional, especialmente no que toca à sua indispensabilidade como instrumento conformador dos princípios fundamentais da República, sintetizados na afirmação do *Estado Democrático de Direito* na garantia da *dignidade da pessoa humana*, valores já não tutelados satisfatoriamente pela via do processo civil individual.

Por fim, em todos os temas enfocados, o autor fez questão de analisá-los criticamente à luz dos anteprojetos de codificação do processo coletivo atualmente em trâmite no País, o que confere à obra um traço de indispensabilidade aos estudiosos da área, dada a relevância da matéria assim como a repercussão no ordenamento jurídico de tais movimentos de codificação.

Aspectos Gerais do Licenciamento Ambiental; Análise jurídica da Poluição Sonora e, por fim, um material específico sobre A Defesa do Meio Ambiente e a Emenda Modificadora do art. 229 da Constituição do Estado da Paraíba.

O livro merece ser indicado, além disso, pelo fato de o jurista ter sabido aliar, com verdadeira maestria, conotações acadêmico-dogmáticas e aspectos prático-profissionais em todos os textos, cujo resultado foi um trabalho extremamente didático, interessante e de cunho jurídico respeitável.

São palavras do Dr. Ricardo Carneiro, responsável pelo Prefácio à obra:

O livro encontra-se vertido em linguagem extremamente clara, objetiva e didática, sem, no entanto, descuidar do rigor científico, do apuro metodológico e da profundidade no tratamento das idéias, elementos esses que hoje em dia representam predicados cada vez menos comuns naqueles que se dedicam às letras jurídicas.



## B) Artigos

### 3.2.4.4 ALMEIDA, Maria Carmen Cavalcanti de. **A ética das virtudes e o meio ambiente.** REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 11, nº 44, out./dez. de 2006, pp. 64-78.

A autora, que é Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí, ensina que a ética ambiental “é o campo no qual se procura entender a inter-relação homem/natureza e deste modo estabelecer as normas necessárias para este relacionamento” (p. 64). Com apoio na doutrina estrangeira, aduz:

A ética ambiental propõe exatamente uma reflexão sobre os processos decisórios, e deste modo a partir de um patamar prático é questionado o que se deve fazer e como se deve viver, e em um patamar mais abstrato cogita-se sobre como decidir e o que se deve valorar (p. 65).

Nesse cenário, segundo a autora, a ética ambiental das virtudes seria algo além da ética ambiental, “já que não se preocupa tão somente com as ações que devemos ou não ter em relação ao

meio ambiente, mas também, com o tipo de pessoa que devemos ser” (p. 64). E ainda:

A idéia-chave por detrás de uma ética ambiental baseada nas virtudes é de que não podemos causar danos ao meio ambiente, sem que, com isto, causemos danos a nós mesmos e aos demais seres humanos. Na realidade, nosso modo de ser e agir é a razão da degradação do meio ambiente, não podemos, pois continuar circunscritos a uma busca egoísta da felicidade, monopolizando o habitat e os recursos naturais dos quais dependem a sobrevivência das demais espécies.

Certamente, em tempos em que se questiona a própria viabilidade do planeta, tendo em vista as múltiplas agressões ambientais praticadas diariamente, é um texto muito pertinente e reflexivo.

### 3.2.4.5 CABRAL, Antonio do Passo. **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas.** REVISTA DE PROCESSO. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 137, ano 32, maio de 2007, pp. 123-146.

O ilustre professor Antonio do Passo Cabral, Procurador da República, Mestre em Direito Público pela UERJ e Professor de Direito Processual Civil, apresenta-nos um primor de trabalho no plano do direito comparado.

No artigo, aborda-se com profundidade a questão da legitimidade, julgamento e eficácia da decisão na tutela coletiva perante o ordenamento jurídico tedesco, destacando-se, desde já, a farta bibliografia estrangeira especializada que serviu de base ao texto. Sustenta o autor que uma das alternativas para as ações coletivas são os **procedimentos de grupo de formato não representativo**. Em havendo inúmeras pretensões individuais, o denominado *Musterverfahren* permite a solução conjunta de temas idênticos, evitando distorções da legitimidade extraordinária e coisa julgada coletiva.

O tema é de alta relevância, especialmente quando se discute a confecção de um Código de Processo Coletivo. Ao final, lembra o ilustre autor que o direito brasileiro não é alheio a procedimentos como o previsto no direito alemão. Com efeito, o “Supremo Tribunal Federal, a partir de alteração em seu regimento interno, decidiu dois recursos extraordinários cuja questão jurídica resolvida foi aplicada uniformemente a 4.909 processos idênticos em matéria previdenciária” (p. 143).

Aduz Antonio do Passo Cabral:

É enorme a utilidade de um procedimento como o *Musterverfahren* alemão, que permite a tratativa coletiva de questões

comuns a muitos processos, pacificando-as de maneira única para todas as causas, sem os malabarismos teóricos típicos das ações coletivas (p. 144).

Na verdade, os dois formatos possibilitam a adoção de mecanismos que não se sobrepõem, mas que convivem em harmonia. De fato, “as ações coletivas de formato representativo possuem papel indispensável no cenário nacional, em especial pela desinformação e pobreza que assolam grandes populações em nosso país” (p. 144). Mas em seguida, pondera o jurista que em muitos setores existem restrições e jurisprudências acerca da legitimidade, por exemplo, do Ministério Público, para o ajuizamento das respectivas ações coletivas, deixando sem solução graves problemas sociais. Nesse sentido, justifica a tese com a seguinte advertência:

Por outro lado, o esquema de ações de grupo não representativas, além de preservar a higidez de tradicionais garantias processuais, mantém relevante espaço de aplicação em uma série de hipóteses, como nas demandas referentes aos investidores no mercado de capitais, causas em matéria tributária ou em algumas demandas propostas por associações, quando os associados não forem hipossuficientes.  
(...)

Uma olhadela nesses novos procedimentos já sinaliza para a direção para a qual chamamos à atenção: resolver problemas de massa sem as contradições e contorcionismos legislativos das demandas coletivas.

### 3.2.5 Jurisprudências da área

#### 3.2.5.1 STJ, 1ª Turma. *Direito individual homogêneo do consumidor do serviço de telefonia celular à informação clara, precisa e detalhada sobre suas faturas. Impossibilidade de condicionar tal direito a qualquer encargo.*

**EMENTA:** PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC, NÃO-CONFIGURADA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR. DIREITO À INFORMAÇÃO. FORNECIMENTO DE FATURA DETALHADA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. EXEGESE DO ART. 3º DA LEI Nº 7.347/85. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. PRECEDENTES. 1. Ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS que busca a condenação da empresa concessionária de telefonia celular, AMERICEL S/A, ao fornecimento sem nenhum encargo, de fatura discriminada dos serviços prestados, além da devolução, em dobro, dos valores cobrados pelo detalhamento da conta telefônica. A sentença julgou o pedido formulado pelo *Parquet* procedente, reconhecendo-lhe a legitimidade *ad causam* para a tutela de direitos individuais homogêneos. No mérito, condenou a ré a emitir faturas de modo detalhado e em caráter definitivo, tendo por paradigma as da TELEBRASÍLIA, além da restituição em dobro dos valores cobrados a título de taxa pela expedição de contas telefônicas discriminadas. O acórdão recorrido manteve o *decisum* de primeiro grau em todos os seus termos. Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados. Recurso especial da AMERICEL no qual se alega ofensa aos arts. 535 do CPC, 81 e 82 da Lei nº 8.078/90, 13 e 29, I e IV, da Lei nº 8.987/95, 2º, IV, e 3º, V, VI e IX, da Lei nº 9.427/97 e 3º da Lei nº 7.345/85. 2. Não prospera a tese de violação do art. 535, II, do CPC, uma vez que o acórdão *a quo*, embora de modo sucinto, se pronunciou acerca dos pontos necessários ao desate da controvérsia, sendo despicienda a apreciação exaustiva de todos os argumentos levantados pela parte, bastando que se enfrente a questão principal da lide. Assim sendo, não se verifica, na espécie, omissão a ensejar a nulidade do julgado, e, conseqüentemente, nenhuma contrariedade ao art. 535 do CPC. 3. Os interesses dos consumidores/assinantes da linha telefônica são de natureza individual, o que, todavia, não afasta seu caráter homogêneo, na medida

em que a relação jurídica de consumo se aperfeiçoou por meio de pactos de adesão formulados unilateralmente pela AMERICEL, o que coloca os usuários em situação homogênea, no que se refere à eventual violação de direitos. Portanto, vislumbrada a tutela de interesses individuais homogêneos, tem incidência o art. 81 do CDC (Lei nº 8.078/90), além do art. 82 deste Diploma, que legitimou o Ministério Público, dentre outros entes, a agir na defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores. 4. Não prospera a alegação de ilegitimidade passiva da concessionária, que afirma ter agido em estrita observância às regras emanadas do Poder concedente, de modo que se houve lesão ao consumidor deve-se imputá-la aos próprios regulamentos que disciplinam o serviço de telefonia celular. Entretanto, cabe frisar que refoge ao escopo da presente ação civil pública a discussão acerca da legalidade ou constitucionalidade das disposições regulamentares baixadas pelo Poder Público. Na realidade, busca-se apenas compelir a ora recorrente a cumprir seu dever de informar adequada e gratuitamente o consumidor acerca dos serviços prestados, o que lhe confere inegável legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda. 5. Não é razoável que se exclua do conceito de “serviço adequado” o fornecimento de informações suficientes à satisfatória compreensão dos valores cobrados na conta telefônica. Conseqüência lógica da consagração do direito do consumidor à informação precisa, clara e detalhada é a impossibilidade de condicioná-lo à prestação de qualquer encargo. O fornecimento do detalhamento da fatura há de ser, portanto, gratuito. 6. Esta Primeira Turma, no julgamento do Recurso Especial nº 605.323/MG, emprestou nova interpretação ao art. 3º da Lei nº 7.347/85, reconhecendo a viabilidade da cumulação de pedidos em sede de ação civil pública. Conferir: (REsp nº 605.323/MG, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/10/2005; REsp nº 625.249/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 31/08/2006). Não obstante os precedentes tratem da tutela coletiva do meio ambiente, não seria razoável deixar de estender a mesma exegese conferida ao art. 3º da Lei nº 7.347/85 também às hipóteses em que a ação civil pública serve à proteção dos direitos do consumidor. 8. Recurso especial não-provido. (STJ, 1ª Turma, REsp 684712 / DF, Rel. Min. José Delgado, j. 07/11/2006, DJ 23.11.2006, p. 218).

#### 3.2.5.2 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Tutela dos direitos individuais e indisponíveis dos idosos pode e deve ser feita pelo Ministério Público via mandado de segurança.*

**EMENTA:** ESTATUTO DO IDOSO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA. LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO. A tutela individual dos direitos fundamentais do idoso, por envolver bens jurídicos como dignidade, respeito, saúde, vida, lazer, alimentação e cultura é sempre considerada como direito socialmente relevante, estando permanentemente sujeita à proteção pelo Ministério Público. O traço marcante desses direitos fundamentais, que concretizam o princípio constitucional da proteção integral ao idoso, é o de ser considerado como indisponível, seja no plano individual ou transindividual. Nenhuma interpretação jurídica ou lei hierar-

quicamente inferior podem trazer restrições, de modo a negar efetividade jurídica a direitos afetos aos idosos, garantidos constitucionalmente. O princípio constitucional de proteção integral implica necessariamente o reconhecimento de que o idoso, por ser uma pessoa mais vulnerável, necessita de proteção especial, diferenciada e integral, daí não resultar dúvida de que a tutela de seus direitos individuais indisponíveis deve e pode ser feita pelo Ministério Público, via mandado de segurança. É o que se extrai da interpretação harmônica dos artigos 230 e 129, inciso IX, ambos da Constituição da República e dos artigos 43, 45, 73 do Estatuto do idoso. (ENVIADA PELO CAO-PPDI). (TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0145.04.174650-7/001 / MG, Rel. Des. Maria Elza, j. 04.05.2006, pub. 02.06.2006).

**3.2.5.3 TJMG, 4º Grupo de Câmaras Cíveis.** *Possibilidade de fornecimento de remédio não padronizado pelo SUS, mesmo que receitado por médico particular, tendo em vista o amplo e universal acesso à saúde consagrado pela CF/88.*

**EMENTA:**Omitindo-se o Estado (*lato sensu*) a fornecer tratamento de saúde ao cidadão, patente o direito líquido e certo do mesmo a ser amparado via mandado de segurança. - Não há ofensa à independência dos Poderes da República quando o Judiciário se manifesta acerca de ato ilegal, imoral e ineficiente do Executivo. - Não é dado ao Judiciário adentrar a seara própria dos médicos e determinar qual o medicamento deverá ser utilizado pelo paciente.

V.V.

CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - REQUISICÃO SUBSCRITA POR MÉDICO PARTICULAR - MEDICAÇÃO NÃO-ALBERGADA NA PORTARIA DO SUS - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - AUSÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 368, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1 - O Secretário de Estado da Saúde é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação mandamental em que se colima a dispensação de medicamento excepcional, por força das competências que lhe são atribuídas pelo art. 9º, inc. II, da Lei n.º 8.080/1990, e art. 2º da Portaria do Ministério da Saúde n.º 1.318/2002. 2 - De acordo com o art. 368 do CPC, as declarações - sejam elas de vontade ('caput') ou de ciência (parágrafo único) - constantes de documentos particulares têm a veracidade oponível apenas a seu signatário, competindo ao favorecido pela declaração provar o fato declarado em face de terceiro, razão por que a instrução do 'mandamus' somente com relatório e prescrição subscritos por médico particular não configura a prova pré-constituída da liquidez e certeza do direito do impetrante de obter do Poder Público determinados medicamentos. 3 - Também se afasta o direito líquido e certo do requerente se a medicação buscada não está incluída nos atos normativos que enumeram os procedimentos eleitos pela Administração Pública para o alcance prioritário dos desideratos dos arts. 196 e 198 da CR/88. 4 - Preliminar rejeitada e segurança denegada.

**Trecho do voto que veiculou a posição majoritária:**

Rogo vênia, entretanto, para dissentir, quanto ao mérito, pois entendo que omitindo-se o Estado (em sentido lato) a fornecer tratamento de saúde aos cidadãos, exsurge o direito líquido e certo destes a serem amparados através do mandado de segurança. Venho entendendo que, comprovada a imprescindibilidade de utilização de determinado medicamento, por pessoa necessitada, este deve ser fornecido, a não ser por razões excepcionais, sendo que a negativa do Estado implica ofensa ao direito à saúde, garantido constitucionalmente. O impetrante afirma ser portador da doença mental denominada "esquizofrenia paranóide", cujos graves sintomas seriam tratados com o uso do medicamento indicado na inicial, conforme relatório e prescrição médica juntados aos autos. O receituário médico, firmado seja por médico particular, seja por médico do serviço Público, é documento hábil a comprovar a necessidade do medicamento. Adotar o entendimento do Poder Público, que pretende discutir a prescrição feita, seria adentrar ao campo próprio do médico responsável pelo tratamento do paciente. A não ser quando evidente o erro contido no relatório/receita, ou seja, quando teratológica a prescrição, descabe

ao administrador, bem como ao Judiciário, questionar se esse ou aquele medicamento seria o mais adequado, mormente em se tratando de doença mental, que de conhecimento comum tratar-se de difícil e complexo tratamento. O que vislumbro como lícito é o Administrador fornecer medicamento similar, congênera, ou seja, que contenha o mesmo princípio e dosagem que aquele receitado, não remédio de outro tipo. Não há como generalizar um tratamento, não podendo os cidadãos serem submetidos apenas às listagens admitidas pelo serviço Público, que, de resto, vem alterando as Portarias pertinentes, como é sabido. Dispõe o art. 196, da Constituição Federal, que: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." Registre-se que o referido dispositivo legal não necessita de regulamentação, tendo densidade normativa suficiente para ser aplicado imediatamente, não se tratando de norma apenas programática, sendo que o inciso II do art. 198, determina tratamento integral à saúde. As doenças graves, como é o caso da impetrante, não podem esperar pela vontade política dos governantes, nem ficar submisso o fornecimento de remédios imprescindíveis e urgentes a uma excessiva burocracia. Por certo que deve haver controle, mas, antes de tudo, deve prevalecer o bom senso. Pela peculiaridade de cada caso e em face da urgência de cada caso, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos, devendo ser considerados, antes de mais nada, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Tenho, destarte, que não cabe ao Judiciário, nem ao Poder Público, questionar se esse ou aquele medicamento é o mais adequado, inviável submeter a matéria a restrições de listas de remédios fornecidos pelo SUS ou a que a receita provenha de médicos servidores públicos, pois, lamentavelmente, esperar pela medicina pública, pode levar a conseqüências extremas. Não sendo aventada pela autoridade impetrada argumentação de suspeita de fraude, de conluio com Laboratórios, ou outros motivos que tais, não vejo como o Judiciário possa determinar ao médico Assistente que prescreva outro medicamento. A escolha do administrador, por óbvio, pode ocorrer, dentre Laboratórios, aquele da sua conveniência, que melhor atenda o interesse público. A Constituição Federal não condiciona o socorro médico, para fornecimento de medicamentos aos necessitados, a que estes sejam previamente atendidos pelo SUS, ou que os pedidos se refiram apenas àqueles remédios considerados já padronizados, constantes de listagens. Em suma, cada caso é um caso. O relatório ou atestado de médico, seja particular seja de serviço público, é documento bastante a comprovar a necessidade do medicamento, e, portanto, prova hábil a instruir a ação mandamental, descabida discussão sobre eficácia ou não de medicamentos, pena de invasão da seara médica. Assim, atingido direito líquido e certo do impetrante em receber o medicamento, deve ser concedida a segurança pleiteada, para que haja o fornecimento, enquanto houver prescrição médica para tanto (...). (TJMG, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Mandado de Segurança nº 1.0000.06.445156-0/000 / MG, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, Rel. para o acórdão Des. Heloisa Combat, j. 28.02.2007, pub. 04.05.2007).

### 3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

#### 3.3.1 Da carga meritória da decisão que converte em retido o agravo de instrumento interposto contra indeferimento de tutela de urgência

**Marcelo Oliveira Costa**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

A Lei nº 11.187/05, integrada no movimento de racionalização do sistema processual civil, revigorado com a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, introduziu profundas mudanças no regime do recurso de agravo. A mais notável reside na atribuição de caráter subsidiário ao agravo de instrumento, agora somente cabível quando improficuo o remédio na modalidade retida. Limitou-se, assim, o âmbito de incidência do agravo de instrumento às decisões interlocutórias de que possa resultar lesão grave e de difícil (ou impossível) reparação, que inadmitem a apelação ou que declaram os efeitos em que esta é recebida (art. 522, CPC).

Interposto agravo de instrumento em situação que não se amolde àquelas taxativamente previstas em lei, compete ao relator convertê-lo em retido<sup>1</sup>, sendo tal decisão irrecurável (art. 527, II e § ún., CPC).

Presentemente, interessa a primeira das hipóteses excepcionadas pelo art. 522 do CPC, atinente ao recurso interponível, na dicção legal, contra “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”.

Adotou-se, como se observa, o critério da urgência para fins de delimitação do cabimento do agravo de instrumento, admitindo-o desde que existente risco à concretização do direito material da parte. Exige-se, em outros termos, o *periculum in mora*.

Assentadas tais premissas, é de se questionar se a conversão prescrita pelo art. 527, II, do CPC aplica-se ao recurso aviado contra decisão que indefere pedido de tutela antecipada.

O art. 273 do diploma processual prevê duas modalidades de antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional, atreladas a requisitos próprios.

Tem-se, assim, a *tutela de urgência* ou *de segurança*, regida pelo *caput*, I e § 2º do sobredito dispositivo legal e condicionada à (a) probabilidade de existência do direito afirmado (*fumus boni iuris*), ao (b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) e à (c) reversibilidade da medida.

De outro lado, desponta a *tutela de evidência*, que se distingue por prescindir do *periculum in mora*. Engloba duas subespécies: a primeira, prevista no art. 273, *caput*, II e § 2º, pressupõe (a) *fumus boni iuris*, (b) abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e (c) reversibilidade da medida; a segunda, disciplinada no art. 273, § 6º, concerne à parcela incontroversa da demanda.

Essa última modalidade (*tutela de evidência*) não nos

parece ensejar maiores discussões. Contra a decisão que indefere, nesse caso, o pedido de tutela antecipada não cabe, *a priori*, agravo de instrumento, mas retido, a não ser que, dadas as circunstâncias, a decisão indeferitória exponha a parte a risco de lesão grave e de difícil reparação (art. 522, CPC).<sup>2</sup> Interposto agravo de instrumento fora da hipótese ressalvada, é de aplicar-se a regra do art. 527, II, do CPC.

Maior dificuldade oferece o exame da convertibilidade do recurso manejado contra decisão que denega o pedido de *tutela de urgência* (art. 273, *caput*, II e § 2º, CPC).

Desde o advento da Lei nº 11.187/05, com frequência se têm visto decisões monocráticas, oriundas dos mais diversos pretórios, que, em casos tais, promovem a conversão do agravo de instrumento em retido, ao fundamento de que ausente a premência exigida por aquela espécie recursal.

Com a devida vênia, pensamos que tal posicionamento não se ajusta à sistemática processual. Não somente por destituir de utilidade prática o remédio intentado pela parte (incompatibilidade fática<sup>3</sup>), mas, principalmente, por impingir a convivência de institutos fundamentalmente inconciliáveis (incompatibilidade ontológica).

Deveras, a *tutela de urgência*, conforme já expandido, condiciona-se ao trinômio *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e reversibilidade da medida. Esses também os fundamentos do recurso interposto contra a decisão que indefere o pleito (art. 524, I, CPC).

Constitui, portanto, ponto de convergência entre os fundamentos da pretensão recursal e os pressupostos de admissibilidade do agravo de instrumento (arts. 522 e 527, II, CPC) o *periculum in mora*.

Destarte, ao proceder à conversão do agravo de instrumento em retido, por reputar indemonstrado o risco de lesão grave e de difícil reparação (*periculum in mora*), ultima o relator por declarar ausente elemento que fundamenta a pretensão recursal.

Em outras palavras, ainda que não o diga manifestamente improcedente, promove inequívoco exame do mérito do recurso, desprovendo-o ou, na terminologia empregada nos arts. 527, I, e 557, *caput*, do CPC, negando-lhe seguimento. Afinal, permita-se repisar, o *periculum in mora* presta-se, também, como fundamento do inconformismo da parte.

Ora, como cedo, o juízo formulado monocraticamente pelo relator no tocante ao mérito recursal (assim como no que diz respeito a seus pressupostos), o é em caráter provisório, competindo o exame definitivo ao órgão colegiado, caso provocado pela

parte interessada (art. 527, I, c/c art. 557, *caput* e § 1º, CPC).<sup>4</sup>

Consistindo em verdadeiro exame meritório, o pronunciamento judicial exarado sob as vestes de conversão de agravo de instrumento em retido, é de concluir-se que, nada obstante o *nomen iuris* que lhe tenha sido dado, desafia o recurso de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC (“agravo interno”), não se aplicando à espécie a regra da irrecorribilidade instituída pelo art. 527, § ún., do mesmo diploma.

Defender o contrário, *data venia*, significa primar pelo rótulo em detrimento da substância, obstando-se o acesso da parte interessada às vias recursais e sujeitando-a a eventuais atropelos cometidos no afã de desafogar as pautas dos Tribunais. Apropriada, a este respeito, a advertência de Teresa Arruda Alvim WAMBIER:

É preciso ter-se em mente que qualquer alteração da lei, de entendimento jurisprudencial ou edição de súmula que tenha por propósito única e exclusivamente diminuir a carga de trabalho dos tribunais, sejam eles quais forem, não é, por si só, legítima: ou seja, exclusivamente por que só têm esta finalidade, como finalidade única, são ilegítimas.<sup>5</sup>

### Notas

<sup>1</sup> A Lei nº 11.187/05 afastou a controvérsia quanto à obrigatoriedade da conversão ao substituir a locução “poderá converter” por “converterá”.

<sup>2</sup> A urgência deverá ser superveniente ao pedido de antecipação de tutela ou, se anterior, que não o tenha fundamentado – se o tiver, defrontar-se-á com pedido de *tutela de urgência*, abordado adiante.

<sup>3</sup> Ao que pensamos, tal aspecto afeta, mais propriamente, os pressupostos recursais, afastando o interesse (“interesse-utilidade”) na interposição de agravo retido contra decisão que denega pretensão de urgência, porquanto não poderia o recorrente esperar, “do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 22ª ed., 2002, p. 116). Afinal, qual seria a utilidade, para combater risco que se alega iminente, de recurso por natureza sobrestado?

<sup>4</sup> NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante*, São Paulo: RT, 5ª ed., 2001, p. 1.067. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Reforma da Reforma*, São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 2003, p. 192: “Constitui fator legitimante da outorga desses poderes extraordinários ao relator a oferta de um recurso contra o ato deste como meio de assegurar à parte contrariada um julgamento em colegiado (turma, câmara) – porque a colegialidade dos julgamentos superiores é inerente à fórmula ocidental da diversidade de graus de jurisdição e de seu próprio fundamento sistêmico”.

<sup>5</sup> in *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, São Paulo: RT, v. II, 2006, p. 241.

<sup>6</sup> As medidas cautelares típicas agregam, a tais, outros requisitos específicos.

Diverso não é o tratamento a se reservar às liminares de índole cautelar, tendentes à conservação do resultado útil do processo principal.

Trata-se, de igual forma, de espécie de *tutela de urgência*, cuja concessão se subordina, grosso modo, à presença do binômio *fumus boni iuris e periculum in mora*.<sup>6</sup> A decisão que indefere a medida liminar desafia, portanto, agravo de instrumento, insuscetível de conversão em retido, que equivaleria ao improvimento do pleito recursal (art. 557, *caput*, CPC).

### Conclusão

À luz do que se expôs, conclui-se pela inaplicabilidade da regra inserta no art. 527, II, do CPC ao agravo de instrumento interposto contra decisão que indefere o pedido de *tutela de urgência* (seja satisfativa ou conservativa).

O relator que, contrariamente à lógica do sistema, procede, ainda neste caso, à conversão do agravo de instrumento em retido, adentra, inequivocamente, o mérito recursal, dando ensejo, a despeito da prescrição do art. 527, § ún., do CPC, à interposição do recurso disposto no art. 557, § 1º, do mesmo diploma.

## 3.3.2A influência da economia no sistema de recuperação e falência de empresas

**Jean Carlos Fernandes**

*Doutorando em Direito Privado (PUC/MG);*

*Mestre em Direito Comercial (UFMG);*

*Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva;*

*Professor de Direito Empresarial da ANAMAGES, CEAJUFE e CAD;*

*Advogado-sócio de Jason Albergaria Advogados Associados em Belo Horizonte.*

O impacto da falência não se restringe apenas às empresas que se tornem insolventes ou aos seus credores particulares, mas afeta diretamente a economia, que sofre os efeitos das crises econômicas, fatores conjunturais, problemas de liquidez, acirramento da concorrência, desenvolvimento de novas tecnologias e até mesmo insolvência de fornecedores ou clientes.

Os nefastos efeitos socioeconômicos da falência demandam uma ordem jurídica mais coerente e adequada, visando diminuir os impactos causados pela insolvência na economia, voltando-se, principalmente, para a função social da empresa.

A interação entre economia e direito, principalmente no sistema falimentar, necessita de um Judiciário conscientizado

do seu papel determinante no desenvolvimento econômico<sup>1</sup>. O desempenho do Judiciário no mundo globalizado<sup>2</sup> do século XXI deve ser avaliado segundo os serviços que ele produz em termos de garantia de acesso, previsibilidade e presteza dos resultados, além de remédios adequados. Deve-se “focar a justiça enquanto uma entidade que presta serviços para a sociedade, e considerar a qualidade dos serviços ofertados”<sup>3</sup>, de forma eficiente.

Adverte Rafael Bicca Machado que,

Infelizmente, ainda não está assimilada por todos a idéia de que julgadores devem sopesar, em suas decisões, os reflexos econômico-sociais das mesmas.

Mas para isso, primeiramente, é fundamental que os operadores do Direito, em sua totalidade, deixem de preconceitos

e aceitem, antes de mais nada, que a Economia existe como Ciência. Que possui leis e regras próprias, e que estas não são sempre fruto da exploração de uma maioria pobre por uma maioria rica. E, por fim, que estas devem ser minimamente estudadas.<sup>4</sup>

Segundo Armando Castellar Pinheiro,

O judiciário é uma das instituições mais fundamentais para o sucesso do novo modelo de desenvolvimento que vem sendo adotado no Brasil e na maior parte da América Latina, pelo seu papel em garantir direitos de propriedade e fazer cumprir contratos. Não é de surpreender, portanto, que há vários anos o Congresso Nacional venha discutindo reformas que possam tornar o Judiciário brasileiro mais ágil e eficiente. O que se verifica, não obstante, é que apenas recentemente se começou a analisar e compreender as relações entre o funcionamento da justiça e o desempenho da economia, seja em termos dos canais através dos quais essa influi no crescimento, seja em relação às magnitudes envolvidas. Nota-se, assim, que até aqui o debate sobre a reforma do Judiciário ficou restrito, essencialmente, aos operadores do direito – magistrados, advogados, promotores e procuradores – a despeito da importância que essa terá para a economia.<sup>5</sup>

Nesse contexto, a legislação falimentar deve ser um “mecanismo justo e célere e que preserve, na medida do possível, a entidade econômica, sem prejuízos aos credores legítimos da massa”<sup>6</sup>. Uma lei de falências deve perseguir objetivos, além de mera redução de capital de custo. Há que se considerar o assunto sob uma perspectiva mais voltada à análise econômica do direito.

A teoria formal da falência<sup>7</sup> começou com o reconhecimento de que o sistema falimentar às vezes é necessário para salvar o problema de ação coletiva entre os credores de uma empresa. A “angústia” ocorre quando a empresa não consegue ter renda suficiente para cobrir seus custos sem incluir os custos financeiros. Tal empresa tem valor economicamente negativo. Credores se interessam mais na existência de bens que satisfaçam suas exigências do que em salvar empresas. Se existem bens, os credores tentarão pegá-los, e isso provavelmente conduzirá, pouco a pouco, a uma liquidação.

A teoria moderna da falência relaciona o resultado de um processo falimentar com as fases mais recentes de uma empresa mutuária. Um eficiente sistema falimentar *ex post*<sup>8</sup> maximizaria o saldo que credores receberiam de empresas insolventes.

Uma lei de falências sem “poderes anulatórios”<sup>9</sup> (declaração de ineficácia e ações revocatórias), em que fornecedores, consumidores e terceiros interessados podem contratar com segurança, melhor viabiliza a recuperação das empresas e traz credibilidade ao sistema.

Cabe destacar aqui que o sistema americano é mais dirigido ao mercado que os sistemas equivalentes na Europa. Em muitas jurisdições européias, quando uma empresa importante passa por “angústia” o país aprova um subsídio; o propósito disso é injetar liquidez na empresa. Nos EUA, ao contrário, o mercado de crédito decide se aumenta a liquidez para a empresa. Devedores “angustiados” que não podem persuadir o mercado estão quebrados e liquidados.

Um sistema de falência deveria funcionar para maximizar o retorno e rendimentos que credores ganhariam quando empresas quebrassem. Quanto maior for esse retorno menor será a taxa de juros que o credor exigirá para emprestar. Uma maior

taxa de juros é eficiente por duas razões. Primeiro, o grupo de projetos social e economicamente variáveis que as empresas irão perseguir se tornam maiores quando as taxas de juros diminuem. Segundo, o esforço que as empresas fazem em busca de projetos de fundos de débitos sobe para nível ótimo quando a taxa de juros cai.<sup>10</sup>

Segundo Alan Schwartz<sup>11</sup>, duas questões se mostram relevantes no contexto da organização do processo de falência: 1. Como a Lei de Falências pode contribuir *ex ante* na geração de incentivos para que o regime de garantias ajude o sistema de crédito a funcionar com mais eficiência? 2. E como potencializar a eficiência *ex post* com que se dá a reestruturação ou o fechamento ordenado da empresa, no contexto dos conflitos que se afiguram nessas circunstâncias?

Um sistema que promova *ex ante* maior proteção aos credores, por meio de garantias, responde à primeira indagação. A segunda pergunta encontra resposta na realocação ou maximização *ex post*, de forma eficiente, de ativos entre os vários agentes econômicos. Nos dizeres de Castellar e Saddi:

Primeiro, um procedimento falimentar deveria produzir um resultado eficiente *ex post*. Quer-se dizer, com isso, que o valor total dos ativos da massa falida deveria ser sempre maximizado, a fim de produzir a maior quantidade de dinheiro possível para os credores, aqui entendidos como todos aqueles que têm algo a prêmio na empresa (não apenas bancos e fornecedores, mas também empregados, fisco etc.). Ou seja, qualquer decisão de venda ou reestruturação deve obedecer à simples regra de que o procedimento será mais eficiente se o resultado aos credores for maior. É evidente que isso conduz a um estado de eficiência *ex ante*: quanto maiores as garantias dadas aos credores antes da insolvência ou da iliquidez, menores os custos de transação relacionados ao curso das atividades da empresa (a taxa de juros, por exemplo).<sup>12</sup>

É certo que o processo falimentar impõe custos de transação (deterioração dos ativos, inutilização ou subutilização dos recursos produtivos, custas judiciais, perícias, administrador legal, advogados etc.), pois é sempre um processo de distribuição de valor. A insolvência leva os credores a um jogo semelhante ao do “dilema do prisioneiro”<sup>13</sup>. Na tentativa de cada um maximizar o seu resultado, sabendo que os demais também estarão se comportando assim, inviabilizam-se soluções que produzem um resultado agregado mais elevado. É melhor vender o negócio do devedor como um todo (o que tende a valer mais) do que fatiá-lo.

<sup>14</sup> Segundo Alan Schwartz<sup>15</sup>, o Estado deveria fornecer às partes (pelo menos) dois processos de falência que regulassem a liquidação e reorganização. Cada um desses processos poderia maximizar o retorno/rendimento insolvente líquido, dependendo das circunstâncias das que as partes estão enfrentando. O Estado também deveria permitir que as partes contratassem em acordo de empréstimos/mútuos a respeito de qual procedimento posteriormente seria aplicado a eles. Os contratos *ex ante* melhor resolveriam os problemas de apresentação que surgiriam entre uma empresa insolvente e seus credores. A empresa pode não devidamente atrasar a entrada em um processo, e pode escolher o procedimento que maximize benefícios.<sup>16</sup>

Assim, a interação entre Direito e Economia torna-se essencial para o desenvolvimento e funcionamento de um sistema seguro e eficiente para a preservação da empresa e dos interesses de todos aqueles que dela dependem, inclusive o Estado, o que foi inaugurado no direito brasileiro pela edição da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falência de Empresas).

Advirta-se, contudo, que a norma falimentar por si só não é capaz de mudar o sistema, necessitando da conjunção de outros fatores institucionais, principalmente um Judiciário mais ágil e eficiente, com juízes devidamente preparados para enfren-

tar a nova realidade do direito concursal, atento principalmente ao desenvolvimento econômico. Somente assim a nova Lei de Recuperação e Falência de Empresas poderá alcançar os seus objetivos.

## BIBLIOGRAFIA

- BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. **The End of Bankruptcy**, disponível em <http://ssrn.com/abstract=359241>
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 4th ed. Boston. 2004.
- MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. TIMM, Luciano Benetti (organizador). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? TIMM, Luciano Benetti (organizador). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- MERCURO, Nicholas. MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to post-modernism**. Princeton, New Jersey, 1997.
- SCHWARTZ, Alan. **A normative theory of business bankruptcy**. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=683273>.

## Notas

<sup>1</sup> Destacam CASTELLAR e SADDI que “A reforma de qualquer processo falimentar, portanto, deve vir acompanhada e associada a outros fatores, como, por exemplo, o treinamento de juízes, a implantação de mecanismos de governança corporativa depois da escolha do regime do falido e o fortalecimento dos direitos de propriedade ao longo do processo, entre tantas outras prioridades.” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, p. 208).

<sup>2</sup> Segundo Armando Castelar Pinheiro, “A globalização é um fenômeno que tem economistas e profissionais do direito como alguns dos seus principais atores, na medida em que é um processo caracterizado pela integração econômica internacional e que, diferentemente do processo de integração do século XIX, é cada vez mais regulamentado e dependente de contratos. Contratos e regulamentações que envolvem essencialmente economistas e profissionais do direito”. (PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 51).

<sup>3</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 55.

<sup>4</sup> MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 47.

<sup>5</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 53.

<sup>6</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, p. 207-208.

<sup>7</sup> SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=683273>.

<sup>8</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus/ Elsevier, 2005, p. 209.

<sup>9</sup> SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=683273>. No direito brasileiro, os chamados “poderes anulatórios” são visualizados nas declarações de ineficácia e ações revocatórias, previstas, respectivamente, nos artigos 129 e 130 da Lei n. 11.101/2005. Tais mecanismos importam no retorno à massa falimentar de bens transferidos a terceiro, os quais, em razão disso, não se interessam em participar do procedimento. O risco os afugentam.

<sup>10</sup> SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=683273>.

<sup>11</sup> SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=683273>.

<sup>12</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005, p. 209.

<sup>13</sup> CASTELAR e SADDI assim descrevem o dilema do prisioneiro: “Dois elementos criminosos são presos e enviados ao distrito policial mais próximo. Cada um dos prisioneiros está numa solitária sem nenhuma chance de comunicar-se com o outro. O delegado de polícia, que preside o inquérito policial, admite que não existem provas conclusivas para indiciá-los pelo crime de latrocínio (roubo seguido de homicídio), apenas por roubo (assalto à mão armada). Para que o trabalho da polícia seja facilitado, o delegado propõe um pacto faustiano (Quadro 4.1), o qual depende da confissão de cada um, daí a razão pela qual o delegado estabelece a seguinte regra para um acordo: Se um deles acusar o outro, mas o outro não acusa-lo, o que acusou será solto, enquanto o outro será indiciado a três anos de reclusão. Se cada um recusar-se a acusar o outro, ambos serão indiciados a um ano de reclusão. Se, contudo, ambos se acusarem mutuamente, os dois serão indiciados a dois anos de reclusão. A regra é oferecida a cada criminoso em separado e o delegado informa que ao outro está se propondo exatamente o mesmo acordo”. (p. 172).

<sup>14</sup> SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=683273>.

<sup>15</sup> SCHWARTZ, Alan. *A normative theory of business bankruptcy*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=683273>.

<sup>16</sup> Tais soluções muito contribuiriam para a preservação e recuperação das empresas em crise econômico-financeiras, principalmente aquelas de grande porte, propulsoras da economia moderna. Douglas G. Baird e Robert K. Rasmussen, em *The End of Bankruptcy*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=359241>, apresentam os seguintes questionamentos por que são as grandes empresas tão necessárias? O que impediu o acontecimento da produção através de transações entre empresas arbitrariamente pequenas no mercado? De fato, qual era a diferença entre atividade dentro de uma empresa e fora dela? Alguém poderia fazer algum progresso em sua questão inicial ou qualquer um dos outros sem primeiro lucrar alguma compra na natureza da empresa. Ronald Coase questionou se uma transação seria localizada em empresa ou no mercado. No mesmo espírito, a lei de reorganização deveria começar averiguando o valor para manter bens particulares juntos, dentro de uma dada empresa. (A alternativa é para estes bens serem retomados ao mercado, onde eles devem ser reunidos em todos ou em partes na empresa). Nós temos um excedente (a coisa que a lei de reorganizações sociais existe para preservar) apenas para a extensão há bens que valem mais se situados em uma empresa que está existindo. Se todos os bens podem ser usados também, em qualquer lugar, à empresa não tem valor. As empresas também têm bens intangíveis. A questão para nós, não é quanto valor é “trancado” dentro da empresa que prospera, mas quanto é “trancado” naquela que fali. Os engenhos/moinhos que fracassaram, devem ter fracassado, precisamente, porque seu Know-How era de segunda categoria. Em um texto célebre de 1937, *The Nature of the Firm* (A Natureza da Empresa), o economista Ronald Coase afirmava que empresas aparecem na produção econômica sempre que o custo das transações nos mercados é alto demais para tornar viável algum tipo de produção. Sempre que os custos de transação são baixos, dizia ele, os mercados acabam sendo mais eficientes.

### 3.3.3 A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo



Leonardo Barreto  
Moreira Alves

#### Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)  
Pós-Graduando em Direito Civil pela PUC/MG

“A gente não quer só comida,  
A gente quer comida, diversão e arte.  
A gente não quer só comida,  
A gente quer saída para qualquer parte.  
A gente não quer só comida,  
A gente quer bebida, diversão, balé.  
A gente não quer só comida,  
A gente quer a vida como a vida quer”.  
(Titãs)

Como é cediço, o Direito Civil experimenta atualmente um processo de *repersonalização* ou *despatrimonialização* das suas relações jurídicas. Os institutos civilistas, antes voltados para a satisfação dos interesses econômicos e patrimoniais do indivíduo, passam a ter como finalidade primordial a tutela da pessoa humana, no intuito de promover a dignidade desta. Nesse contexto, frise-se que a Constituição Federal, por cumprir a função de sistematizar todo o ordenamento jurídico, tem papel de extrema relevância, irradiando para as relações jurídicas privadas a aplicação de princípios da mais alta monta, a exemplo do (super) princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do princípio da solidariedade social (art. 3º, I).

Por conta desse (re)posicionamento da pessoa humana como verdadeiro alvo das normas jurídicas de Direito Civil, os bens, mais do que nunca, reafirmam-se como objetos de direito, no sentido de que somente podem ser entendidos como instrumentos de realização da dignidade dos seus titulares, daí porque não se permite que aqueles se sobreponham a estes últimos. Em outras palavras, sepulta-se o paradigma do *ter*, que por muito tempo habitou o Direito Civil, influenciando os seus institutos, e fomenta-se a novel concepção do *ser*, em uma autêntica e efetiva defesa do indivíduo enquanto pessoa humana.

Em meio a essa perspectiva, o brilhante Professor paranaense Luiz Édson Fachin, em obra já considerada clássica no estudo do Direito Civil intitulada “*Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*”, engendra a *teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, segundo a qual o ordenamento jurídico deve sempre procurar garantir um mínimo de patrimônio (*mínimo existencial*) ao indivíduo como forma de garantir-lhe a sua dignidade. Desse modo, uma parcela essencial do patrimônio de qualquer pessoa deverá estar protegida contra a influência de quem quer que seja, eis que *afetada* para o atendimento das necessidades básicas da pessoa humana. Com isso, *funcionaliza-se* o patrimônio (ou ao menos parte dele), colocando-o como meio de alcance da dignidade do seu titular.

A *teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo* acaba revolucionando o estudo dos bens, pois estes não podem ser mais encarados sob uma óptica demasiadamente patrimonializada, que muitas vezes deixava o indivíduo relegado a segundo plano; eles devem estar inseridos em uma perspectiva personalística, entendida como incentivadora da proteção à pessoa humana. Nesses termos, os Professores Cristiano Chaves de Farias e Nélson Rosendal afirmam que “através da teoria do reconhecimento do

direito a um patrimônio mínimo, institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados, rejuvenescidos, e utilizados na proteção da pessoa humana, como um aspecto essencial para o reconhecimento de sua dignidade<sup>17</sup>”.

Trata-se, portanto, de franca aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana em um cenário de *despatrimonialização* e *repersonalização* das relações jurídicas civis por ele próprio desenhado. Aliás, o próprio Luiz Édson Fachin reconhece que “a proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro dessas tendências, posto que põe em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais<sup>20</sup>”.

Em face disso, fica claro que a previsão dos chamados direitos da personalidade não é suficiente para promover uma integral proteção da pessoa humana, devendo ser complementada, para este fim, com a teoria *sub examine*, ainda mais no regime capitalista no qual se assenta o país, onde um mínimo de acúmulo de capital contribui significativamente para o desenvolvimento de uma vida digna.

É de *mister* importância também salientar que a *teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo* atende ainda a um dos primordiais objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, conforme consta do art. 3º, III, do Texto Maior, objetivo este que, a nosso ver, axiologicamente se trata de mera aplicação do macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

Alguns exemplos servem para ilustrar a aplicação dessa teoria no plano fático. Entre tais exemplos, indubitavelmente o mais marcante é o da impenhorabilidade do *bem de família*. Aliás, nunca é demais ressaltar que a proteção ao bem de família encontra guarida constitucional, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 26/2000 alterou o artigo 6º do Texto Maior justamente para nele incluir, como direito social, o direito à moradia. Noutro giro, registre-se também que a jurisprudência do STJ, no enfrentamento corriqueiro de questões relacionadas ao bem de família, acabou elástico seu campo de aplicação ao reconhecer como entidade familiar a pessoa solitária (o *single*) e a comunidade formada por variados parentes, principalmente entre irmãos (*família anaparental*).

O novo Código Civil traz também outra hipótese de aplicação da *teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, mais precisamente no seu art. 548, segundo o qual “é nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para



a subsistência do doador<sup>7</sup>. Saltando os muros do Direito Civil, iremos encontrar no Código de Processo Civil, arts. 648 e 649, outro exemplo sintomático de aplicação desta teoria, já que tais dispositivos agasalham outras hipóteses de impenhorabilidade de determinados bens.

Destarte, é preciso ponderar que a teoria *sub examine* é inteiramente construída a partir do pressuposto de que “não se pode admitir pessoa humana sem patrimônio<sup>8</sup>”. É exatamente esta premissa que merece ser analisada (mesmo que sucintamente) no presente trabalho, à luz da *teoria do umbral de acesso ao Direito Civil* apregoada pelo jurista argentino Ricardo Luís Lorenzetti em sua obra clássica *Fundamentos do Direito Privado*.

*Data maxima venia*, o Professor Luiz Édson Fachin constrói a sua teoria a partir da duvidosa ficção jurídica classicamente estabelecida pela doutrina civilista de que todos os indivíduos possuem patrimônio, mesmo que ínfimo. Em nosso modesto sentir, tal idéia não passa realmente de uma ficção, entabulada à época em que vigia a concepção patrimonialista do Direito Civil, segundo a qual os institutos jurídicos eram criados sem levar em consideração a quem verdadeiramente eles se destinavam, a pessoa humana, ou seja, não havia a preocupação de que esta tivesse acesso a tais institutos.

A *teoria do umbral de acesso ao Direito Civil*, fomentada em época de *despatrimonialização* ou *repersonalização* deste ramo do Direito, vem justamente exigir que os cidadãos tenham efetivo acesso aos institutos jurídicos, os quais, portanto, não devem ser criados para a satisfação inócua e vazia da dogmática civilista, mas sim para promoção da dignidade dos seus titulares.

Nessa linha de intelecção, de nada adianta afirmar, por ficção, que todos os indivíduos possuem um patrimônio se, na prática, não é isso que se verifica, principalmente em um país como o Brasil, onde as desigualdades sociais são gritantes e o número de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza somente aumenta, não havendo nenhuma perspectiva de inversão deste quadro.

Por simples amor ao debate, admitindo que todos teriam patrimônio, faz-se imperioso indagar que tipo de patrimônio é esse ou, em outros termos, se esse patrimônio é capaz de suprir as necessidades mais elementares do cidadão, a exemplo de uma alimentação diária satisfatória, moradia, acesso a serviços de saúde e de higiene etc. Se esse patrimônio fosse capaz de suprir tais necessidades, como justificar então o sucesso de programas governamentais assistencialistas (e, muitas vezes, populistas e eleitoreiros, é verdade) como o Fome Zero e o Bolsa Família?

Some-se a isso o fato de que, com o progresso da tecnologia e o conseqüente aumento da produção de bens de consumo, além do incentivo do sistema de vendas a crédito, a dinâmica da Economia, a circulação de grande volume de capitais e a aceleração da velocidade das relações sociais, o conceito de necessidade básica do cidadão, mais do que nunca, tornou-se volátil, de difícil mensuração. Assim, o aludido conceito não mais se restringe às necessidades biológicas e fisiológicas do indivíduo, devendo englobar também determinadas necessidades criadas pela própria sociedade (necessidades culturais), ou alguém ousa negar que, hoje em dia, não é mais possível viver sem acesso a meios de comunicação e telecomunicação, a exemplo da televisão,

rádio, telefones fixo e celular e, até mesmo, a rede mundial de computadores (*internet*), tanto que está em voga o debate acerca da *inclusão digital*?

Nesse cenário, muito interessante é a analogia feita pelo Professor Lorenzetti para explicar a sua teoria. Segundo ele, o Direito Civil seria como um *hotel de luxo*, local, em tese, aberto a qualquer pessoa, mas efetivamente freqüentado apenas por aqueles que podem pagar pelo valor da hospedagem. No caso do Direito Civil, menciona-se que o Código Civil de 1916, nas palavras de Gustavo Tepedino<sup>4</sup>, consagrava quatro personagens básicos, o marido, o proprietário, o contratante e o testador, já que “estipulava em pormenores as regras sobre o casamento, a aquisição da propriedade, os requisitos de validade dos contratos e as formas de testamento<sup>5</sup>”, mas “não se preocupava (...) se as pessoas tinham acesso a tais institutos jurídicos<sup>6</sup>”.

Para se tornar marido, por exemplo, era indispensável que o homem convolvesse núpcias, pois o casamento era a única forma de legitimar a formação da família (*justas nupcias*). Com a finalidade de permitir que todos aqueles que não se casaram pudessem constituir família, a Constituição Federal de 1988, em muito boa hora, em uma nítida aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e da *teoria do umbral de acesso ao Direito Civil*, consagrou o princípio da pluralidade de formas de família, reconhecendo a união estável e a família monoparental como entidades familiares. Atualmente, presencia-se uma batalha travada pelos homossexuais para que a comunidade formada entre eles também seja reconhecida como mais uma espécie de família<sup>7</sup>.

No tocante à aquisição da propriedade, o Código Civil de 1916 era extremamente severo ao exigir longos prazos (20 anos para a usucapião ordinária e 10 anos para a usucapião extraordinária) e requisitos rígidos para a caracterização da usucapião. Novamente o Texto Maior de 1988, ampliando o acesso do cidadão a este instituto, trouxe novas hipóteses de usucapião, com prazos menores e requisitos mais flexíveis (vide art. 183 – usucapião especial de imóvel urbano; art. 191 – usucapião especial de imóvel rural). Seguindo esta tendência, o Código Civil de 2002 não só repetiu as hipóteses de usucapião criadas pela Constituição (vide artigos 1.239 e 1.240) como também reduziu sensivelmente os prazos para a configuração da usucapião ordinária (15 anos, podendo ser reduzido para 10, na hipótese do art. 1.238, parágrafo único) e da extraordinária (10 anos, podendo ser reduzido para 5, na hipótese do art. 1.242, parágrafo único). Finalmente, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) repete a previsão da usucapião especial de imóvel urbano (art. 9º) e traz como novidade a usucapião especial urbana coletiva (art. 10).

Em síntese, constata-se que a *teoria do umbral de acesso ao Direito Civil* deve ser utilizada como um complemento, um aperfeiçoamento da *teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo*: de fato, é indiscutível que, com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o ordenamento deve garantir a todos um patrimônio mínimo para atendimento das suas necessidades mais elementares. Destarte, para que tal tutela seja alcançada, é indispensável que os cidadãos efetivamente (e não por ficção jurídica, como sói ocorrer) tenham acesso a tal instituto jurídico ou, do contrário, essa teoria será completamente inócua. Para tanto, o Estado deve procurar fomentar a edição de leis da mesma natureza daquelas apreciadas *alhures*.

## Referências bibliográficas

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A constitucionalização do direito de família*. In: JusNavigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001, disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>; acesso em 04-01-2003.

\_\_\_\_\_. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. In: Jus Navigandi,

- Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>, acesso 12 nov. 2006.
- FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida*. In: Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, Argentina, n. 9, set. 2002, disponível em <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>; acesso em 04-01-2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: JusNavigandi, Teresina, ano 6, n. 53, , jan. 2002, disponível em <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/.asp?id=2552>, acesso em 27 out. 2006.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.
- ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

## Notas

- <sup>1</sup> *Direito Civil: teoria geral*, p. 316.
- <sup>2</sup> *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 11-12.
- <sup>3</sup> Roberto Senise Lisboa, *Manual Elementar de Direito Civil*, p. 116, apud Cristiano Chaves de Farias e Néelson Rosenvald, *Direito Civil: teoria geral*, p. 316.
- <sup>4</sup> *Temas de direito civil*, passim.
- <sup>5</sup> Giordano Bruno Soares Roberto, *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo código civil*, p. 95.
- <sup>6</sup> *Ibidem*, mesma página.
- <sup>7</sup> A nosso ver, o reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar ocorreu no plano legislativo com o advento do art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. A esse respeito, recomendamos a leitura do nosso *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*, in JusNavigandi, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006, disponível <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>, acesso em 08.11.2006.

## 3.3.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

### A) Obras Doutrinárias

#### 3.3.5.1 SILVA, Sandra Maria da. **Direito de filiação: O valor do exame de DNA**. Decálogo: Belo Horizonte, 2007, 206p.

A autora é Promotora de Justiça da Comarca de Uberaba/MG; Especializada em Direito Processual pela Universidade de Uberaba/MG; Especializada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca/SP; Mestre em Direito do Estado no Estado Democrático de Direito pela Universidade de Franca/SP; Coordenadora da Revista Unijus pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Esta obra traz uma abordagem da garantia dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito, inclusive com a evolução histórica desses direitos no âmbito internacional e nacional, para, ao final, justificar e caracterizar o direito à filiação, determinada como um dos elementos integrantes da dignidade da pessoa humana.

O livro descreve, também, o aspecto histórico da prova judicial e dos sistemas de sua apreciação, valoração e valori-

zação. Narra a evolução da prova pericial dentro dos sistemas processuais para, então, analisar o impacto que a perícia genética, realizada com base no perfil genético do DNA (ácido desoxirribonucléico), causou nas ações de estado de filiação, dada a sua precisão e grande aceitação, tanto pelos profissionais do Direito como pelas partes envolvidas. Faz-se uma descrição do Exame de DNA e aborda a necessidade de uma regulamentação urgente dessa perícia no Brasil, para se garantir o acesso a uma prova que atenda aos rigores técnicos pertinentes.

É feito, ainda, um exame sobre o papel do julgador na avaliação de aludida prova, a influência desta nos princípios do livre convencimento racional do juiz e da coisa julgada e, por fim, o conflito entre o direito do investigante de descobrir sua verdadeira ascendência biológica e o direito à intimidade garantido ao investigado.

#### 3.3.5.2 CIANCI, Mirna (Coord.). **Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 670p.

A obra, coordenada pela Procuradora do Estado de São Paulo, jurista e Professora, Mirna Cianci, encontra-se em sua segunda edição, tratando de um tema relevante ao direito civil e que, embora clássico, continua a ser um palco de infundáveis dúvidas e polêmicas.

Trata-se da reunião de excelentes textos de diversos autores consagrados abordando a interdisciplinaridade da prescrição no Código Civil. Em nota, a coordenadora revela:

A obra sustenta a preocupação com a maior diversificação profissional, desde o direito de família, consumidor, meio ambiente, imobiliário, questões processuais, o direito inter-

temporal, a ação civil pública, popular e de improbidade, entre outras, favorecendo a visão dos mais diversos aspectos. A esta segunda edição foram acrescentados alguns artigos de idêntica importância, especialmente voltados à nova reforma processual civil, com o advento da Lei 11.280/2006.

O livro também conta com farto material jurisprudencial especialmente selecionado a partir de recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, trazendo uma importante ilustração da matéria.

Certamente, uma obra de inegável valor jurídico.

**3.3.5.3 FERREIRA, Keila Pacheco. Abuso do direito nas relações obrigacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 263p.

Keila Pacheco Ferreira é Mestra em Direito Civil pela PUC-SP, Professora de Direito Civil do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI), em Uberlândia (MG) e Advogada.

Segundo a autora, a obra “tem por objeto a incidência do abuso do direito nas relações obrigacionais, que se manifesta diante dos limites traçados pelo sistema jurídico contemporâneo à liberdade contratual” (p. xiii).

Com efeito, com o novo descortinar de relações jurídicas da sociedade moderna, a teoria do abuso de direito adquire renovadas feições e o seu estudo “desponta com um grande potencial transformador, comprometido com o ideal de justiça e promoção da dignidade da pessoa humana” (p. xiv).

Enfim, o trabalho faz uma excelente análise sobre a teoria

do abuso do direito nas relações obrigacionais no contexto jurídico do século XXI. Complementa o estudo com a construção dogmática dessa teoria assim como o desenvolvimento dos seguintes temas: o abuso do direito e as transformações jurídico-sociais; a relação com o direito civil contemporâneo; o tratamento da matéria pela doutrina brasileira; autonomia privada entre outros. Em suma, vale citar:

A teoria do abuso de direito, no contexto jurídico do século XXI, encontra-se substancialmente modificada, em virtude da adoção de inovadores paradigmas. Esta nova feição, articula referida teoria como uma estratégia para o enfrentamento mais eficaz de problemas que emergem das relações obrigacionais, e reclama dos operadores do direito a adoção de parâmetros hermenêuticos renovados, condizentes com os valores sociais e ético-jurídico atuais.

**B) Artigos**

**3.3.5.4 GRECO, Leonardo. Concurso e cumulação de ações.** REVISTA DE PROCESSO. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 137, ano 32, maio de 2007, pp. 11-26.

Leonardo Greco é Professor Titular de Direito Processual da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, Professor-Adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UERJ, Professor do Programa de mestrado da Faculdade de Direito de Campos. O presente artigo aborda transcrição revista da prova escrita do concurso público de títulos e provas para professor-adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, prestada em 11.04.2006, com acréscimos de referências bibliográficas.

No texto, o autor desenvolve, com maestria, o conceito

de ação e as diferenças entre concurso e cumulação de ações. Além disso, procura demonstrar as diversas modalidades de cumulação de ações reconhecidas pela doutrina e pelo direito positivo brasileiro. Certamente, é um estudo sistematizado sobre a temática proposta, discutindo, especialmente: ação como suporte do concurso ou da cumulação, concurso de ações, conceito, classificação, abrangência e sistematização de cumulação de ações, litisconsórcio, intervenção litisconsorcial, assistência litisconsorcial, cumulação de execuções, reunião de ações conexas etc.

**3.3.5.5 GOMES, Daniela Vaconcellos. A evolução do sistema do direito civil: do individualismo à sociedade.** REVISTA DE DIREITO PRIVADO. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, jul./set. de 2006, pp. 32-63.

A autora é Advogada, Especialista em Direito Civil Contemporâneo e Mestranda, na linha do Direito Ambiental, pela Universidade de Caxias do Sul.

O artigo aborda o papel do Direito Civil ao longo das transformações da sociedade, a partir de uma visão civil-constitucional. Segundo Daniela V. Gomes, antigamente, na modernidade, todo o sistema de proteção estava concentrado apenas no Código Civil. Atualmente, todavia, “percebe-se a tentativa de reunificar o sistema, através da perspectiva civil-constitucional, com a interpretação de todo o direito civil, codificado ou extracodificado, à luz da Constituição Federal” (p. 32).

Assim, o estudo cinge-se à análise do Direito Civil e sua

evolução, desde as primeiras grandes codificações e suas sistematizações em busca da unidade normativa, até o atual processo de descodificação, com o surgimento de inúmeros estatutos que passaram a regular, em verdadeiros microssistemas, “colocando a Constituição como eixo central, de maneira a nortear todo o ordenamento, estabelecendo regras e princípios em conformidades com os valores sociais já consagrados pela texto constitucional” (p. 60).

Por fim, lembra a autora:

Mas a transformação do direito civil contemporâneo não está restrita à perspectiva civil-constitucional, pois a ela somam-se os conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais, a interpretação dos direitos público e privado, entre outras novas formas de encarar o direito, de modo a abrir o sistema e se adaptar a sociedade atual (p. 60).

### 3.2.5 Jurisprudências da área

#### 3.3.6.1 STJ, 3ª Turma. *A renúncia a alimentos em ação de separação judicial não gera coisa julgada para ação indenizatória decorrente dos mesmos fatos que, eventualmente, deram causa à dissolução do casamento*

**EMENTA:** PRELIMINAR - CONHECIMENTO DE RECURSO ESPECIAL DIRIGIDO A ACÓRDÃO PROVENIENTE DE RECURSO INCABÍVEL - POSSIBILIDADE - PRECLUSÃO. - Recurso dirigido a julgado embargado deve observar a lei da época do julgamento dos declaratórios. À medida que o processo avança, as questões inimpugnadas – com ressalva às exceções legais - se consolidam, sepultando as oportunidades de revisão em nome da segurança das partes e da necessidade de continuidade do processo. O exame de admissibilidade do recurso especial, deve-se ater, objetivamente, ao recurso e ao acórdão recorrido. O que se passou antes da prolação do julgado recorrido não pode ser considerado, pois coberto pela preclusão/coisa julgada formal. RECURSO ESPECIAL - OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 98 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 282/STF E 211/STJ - RENÚNCIA A ALIMENTOS - PEDIDO INDENIZATÓRIO - COISA JULGADA - INEXISTÊNCIA - PEDIDO INDENIZATÓRIO - POSSÍVEL CONTRA EX-CÔNJUGE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. - Não há

ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todas as questões pertinentes. - “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório.” - Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido. - **A renúncia a alimentos em ação de separação judicial não gera coisa julgada para obviar ação indenizatória decorrente dos mesmos fatos, que, eventualmente, deram causa à dissolução do casamento. - A possibilidade jurídica do pedido é apurada em tese. Assim, pedido impossível é aquele juridicamente incompatível com o Ordenamento Jurídico. Não há proibição no direito pátrio para pedido indenizatório - por danos materiais ou morais - contra ex-cônjuge por eventual ato ilícito ocorrido na constância do casamento.** - Para demonstrar divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico e semelhança entre os casos. Não bastam simples transcrições de ementas e trechos. (STJ, 3ª Turma, REsp 897456 / MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.12.2006, DJ 05.02.2007, p. 236, vide Inf. STJ nº 308).

#### 3.3.6.2 STJ, 3ª Turma. *Com a morte do autor antes do trânsito em julgado da ação de divórcio, o cônjuge sobrevivente é considerado viúvo. Implicações no campo sucessório e na seara dos eventuais direitos previdenciários*

**EMENTA:** AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. COISA JULGADA. FALECIMENTO DO VARÃO ANTES DO JULGAMENTO DOS RECURSOS CONTRA O DESPACHO QUE NÃO ADMITIU OS ESPECIAIS. PRECEDENTE DA CORTE. 1. Tendo o Espólio requerido a sua habilitação oportunamente, sem a devida impugnação da parte interessada, não pode

mais o tema ser renovado no âmbito do especial. 2. Falecendo o varão antes de transitada em julgado a decisão que concedeu o divórcio, embora em execução provisória, porque pendente o julgamento de recursos contra os despachos que não admitiram os especiais, o estado civil do cônjuge sobrevivente é de viúva, não de divorciada. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 3ª Turma, REsp 239195 / SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 20.09.2001, DJ 05.11.2001, p. 108).

#### 3.3.6.3 TRF - 4ª Região, 3ª Turma. *Ação de exibição de documentos utilizada para fins de identificação de emissor de e-mail.*

**EMENTA:** PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PRESSUPOSTOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO IMPROVIDO. Improvimento da apelação.

(...)“1- Trata-se de ação de exibição de documento, com pedido de liminar, na qual o Autor busca o provimento judicial a fim de que seja o Réu compelido a informar-lhe quem é o emissor do e-mail até agora anônimo - que recebeu. 1.1- Diz que já há algum tempo ‘vem sofrendo’ com atos desta espécie – manifestações veiculadas por empregados através de e-mail anônimo -, os quais têm nítido caráter protestativo. A forma pela qual tais protestos têm sido veiculados tem causado intranquilidade e conturbação em meio aos empregados da Autora, o que repercute, inclusive, na ocupação desnecessária de canais empresariais de comunicação sem qualquer caráter de utilidade e praticidade, o que não contribui em nada para o trabalho desenvolvido na empresa. Na tentativa de coibir tal prática a postulante ativa solicitou ao provedor (X)

a identificação do emissor do e-mail constante de fl. 17, o qual negou-se ao fornecimento da informação. Assevera ter direito de saber quem lhe enviou o e-mail referido.

(...) 2.2- Com relação ao mérito propriamente dito, tenho que assiste razão à Autora. Por primeiro de se ver que a ação exhibitória é perfeitamente viável nos casos desta espécie, uma vez que o direito processual não pode desconhecer a evolução científica, a qual deve encampar o conceito do denominado ‘documento eletrônico’.

(...) Posto isto e pelo que mais dos autos consta, julgo procedente o pedido inicial, o que faço para condenar a ré (X) a exibir o documento que retrata (identifica) em seu bojo o emissor do e-mail referido em fl. 17, tudo com fundamento nos arts. 355 e seguintes do CPC. (TRF – 4ª Região, 3ª Turma, Apelação 2002.70.01.017246-3/PR, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 07.06.2005, DJ 22.06.2005).

## 3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

### 3.4.1 Espécies de autoria em Direito Penal



Luiz Flávio Gomes

#### 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

A autoria em Direito penal pode ser:

**1) individual:** dá-se a autoria individual quando o agente atua isoladamente (sem a colaboração de outras pessoas).

**2) coletiva:** a autoria é coletiva quando há o concurso de duas ou mais pessoas para a realização do fato. Como se vê, a autoria coletiva nada mais significa que co-autoria.

**3) imediata:** ocorre quando o sujeito executa ele mesmo o delito, seja de forma direta (atuando pessoalmente – desferindo um tiro mortal, v.g.), seja de forma indireta (quando o agente se vale de animais, por exemplo, para o cometimento do crime).

**4) mediata:** ocorre autoria mediata quando o autor domina a vontade alheia e, desse modo, se serve de outra pessoa que atua como instrumento (atribui-se esse conceito a Stübel, 1828) (sobre o tema escreveremos um outro artigo).

**5) colateral:** ocorre autoria colateral quando várias pessoas executam o fato (contexto fático único) sem nenhum vínculo subjetivo entre elas. *Exemplo:* policiais de duas viaturas distintas, sem nenhum acordo ou vínculo entre eles, abusivamente, disparam contra vítima comum, que vem a falecer em razão de um dos disparos.

Como fica a responsabilidade penal nesse caso? O policial autor do disparo fatal responde por homicídio doloso consumado enquanto o outro, autor do disparo não letal, responde por tentativa de homicídio doloso. Na autoria colateral, cada pessoa responde pelo seu fato. Não há uma obra comum. Há delitos vários, regidos pela teoria pluralística, ou seja, cada um responde pelo que fez. A autoria colateral pode ocorrer nos crimes dolosos bem como nos culposos. Nos culposos a autoria colateral é denominada de “concorrência de culpas”, que se expressa por meio de crimes culposos paralelos ou recíprocos ou sucessivos.

**6) incerta (ou autoria com resultado incerto):** dá-se quando, na autoria colateral, não se descobre quem produziu o resultado ofensivo ao bem jurídico. *Exemplo:* vários policiais disparam suas armas contra vítima comum e não se descobre quem efetivamente foi o autor do disparo letal. Como fica a responsabilidade penal nesse caso? Diante da impossibilidade de se descobrir o autor do disparo letal, todos devem responder por tentativa de homicídio (apesar da morte da vítima). Punir todos por homicídio consumado é um absurdo porque apenas um dos

disparos foi letal. Deixá-los impunes tampouco é admissível. Logo, a solução nesse caso menos ruim é a consistente em punir todos por tentativa. No caso de autoria incerta no crime culposo (no exemplo das duas pessoas que autonomamente começaram a rolar pedras do alto de uma colina, culminando com a morte de um transeunte, que foi atingido por uma delas, não se descobrindo qual exatamente atingiu a vítima) a solução penal é outra: não há punir os dois pela tentativa porque não existe tentativa em crime culposo. Também não há puni-los (ambos) pelo crime culposos consumado. Logo, a impunidade de ambos é inevitável.

**7) Autoria incerta e autoria ignorada:** autoria ignorada é conceito de processo penal e ocorre quando não se descobre quem foi o autor da infração. Não se confunde com a autoria incerta (ou com resultado incerto), em que se sabe quais foram os autores do delito (e só não se sabe quem foi o autor da conduta lesiva mais relevante). A dúvida existente na autoria incerta reside em saber quem foi o autor da conduta lesiva ao bem jurídico. A dúvida na autoria ignorada está em saber quem foi o autor do fato.

**8) complementar ou acessória:** ocorre autoria complementar (ou acessória) quando duas pessoas atuam de forma independente, mas só a soma das duas condutas é que gera o resultado. Uma complementa a outra. Isoladas não produziram o resultado. No exemplo das duas pessoas que, de forma independente, colocam pequena porção de veneno na alimentação da vítima, falta entre elas acordo prévio (expresso ou tácito). De qualquer modo, é certo que os dois processos executivos são coincidentes e complementares. Eles juntos produzem o resultado, que não ocorreria diante de uma só conduta. Uma só conduta não mataria, mas a soma leva a esse resultado.

Solução penal: cada participante responde pelo que fez (tentativa de homicídio), não pelo resultado final (homicídio consumado). O risco criado pela conduta de cada uma delas era insuficiente para matar. A soma dos riscos criados colateralmente e complementarmente é que matou. Mas não houve adesão subjetiva de nenhum dos dois (para uma obra comum, para um fato comum). Muito menos acordo (expresso ou tácito). Nem o resultado derivou de uma conduta isolada (teoria da imputação objetiva). Estamos diante de uma situação de autoria colateral complementar. A responsabilidade é pessoal, cada um deve assumir o que fez (tentativa de homicídio para ambos).

**9) sucessiva:** ocorre autoria sucessiva quando alguém ofende o mesmo bem jurídico já afetado antes por outra pessoa. Exemplo: CP, art. 138, § 1.º: quem propala ou divulga a calúnia precedente, sabendo falsa a imputação.

### 3.4.2 Da inconstitucionalidade do novel art. 41 da Lei 11.340/06 e da necessidade da utilização do método da interpretação conforme a Constituição, firmando-se a competência do Juizado Especial Criminal para as infrações de menor potencial ofensivo.

Vinícius Souza Chaves

Promotor de Justiça em Frutal (MG)  
Ex- Delegado de Polícia do Rio Grande do Sul.

Recentemente, a ordem jurídica nacional sofreu alteração um tanto sorrelfa, quando o legislador infraconstitucional, mediante a criação da Lei 11340/06, vulgarmente conhecida como Maria da Penha, aboliu qualquer chance de aplicabilidade da Lei 9099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente de qualquer pena, conforme se verifica do art. 41 do diploma em testilha. *Ita lex decit*: “[...] Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9099, de 26 de setembro de 1995[...]”.

Nesse diapasão, visando agravar o rigor dos crimes praticados violentamente contra a mulher, seja a violência física, psicológica, sexual ou moral e matrimonial ( art. 7º, I a V da Lei 11340/06), a *mens legis* foi a de proibir toda e qualquer aplicação da Lei 9099/95 para os crimes praticados contra a mulher, desde que possuam como âmbito normativo e de espaço físico a unidade doméstica, o âmbito da família, incluindo aquela decorrente de laços de afinidade e as relações íntimas.<sup>1</sup>

Ocorre que, cotejando-se o dispositivo legal em comento com a redação clara do art. 98, I, da CRF/88, vê-se que o legislador constitucional outorgou à lei ordinária o dever de regulamentar o conceito daquilo que resolveu chamar de infração de menor potencial ofensivo, assim dispondo: “[...] Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo**, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau [...]”

Sendo assim, diante da necessidade de concretização do texto constitucional, o legislador ordinário, quando da promulgação da Lei 9099/95, definiu aquilo que poderia adequar-se ao conceito de menor potencial ofensivo, prevendo no seu art. 61 todas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não fosse superior a um ano, excetuados os casos legais de previsão para adoção do procedimento especial, sem embargo da modificação posterior do conceito trazida pela redação original art. 2º Parágrafo único da Lei 10259/01, posteriormente alterado pela Lei 11313/06.<sup>2</sup>

Portanto, a infração de menor potencial ofensivo foi e é uma determinação constitucional, além de constituir-se também como um direito e garantia constitucional do cidadão em face do Estado, razão pela qual não é lícito ao legislador infraconstitucional violar a norma constitucional, a qual ocupa o status superior, abolindo-se o conceito de infração de menor potencial ofensivo, quando esse vier a ocorrer nas hipóteses do art. 5º da Lei 11340/06.

Pela interpretação trazida pelo art. 41 da Lei 9099/95, a implementação do Juizado de Violência Doméstica ab-rogou o tradicional conceito de infração de menor potencial ofensivo. Na verdade ele deveria apenas vedar a aplicabilidade dos institutos

despenalizadores trazidos pela lei dos Juizados Especiais, tais como a composição dos danos civis, transação, a suspensão condicional do processo, o que em nada infringiria a Constituição, já que o próprio constituinte originário delegou ao legislador ordinário a prerrogativa de estabelecer quais as hipóteses de incidência ou não dos citados institutos. Vale a pena lembrar da parte final do art. 98, I, da Constituição Republicana de 1988: “[...] infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau [...]”.

Desse modo, melhor seria que assim fosse disposta a redação do art. 41 da Lei 11340/06: “[...] Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não podem ser aplicados os institutos despenalizadores da composição de danos civis, da transação penal e da suspensão condicional do processo penal.[...]”.

Nesse diapasão, caberia ao Ministério Público discernir quais os crimes estariam tipificados no conceito de menor potencial ofensivo, ajuizando as competentes ações penais no juizado de violência doméstica ou na vara criminal enquanto não criados aqueles, quando as penas máximas fossem superiores a dois anos. Ou então, remeter os feitos aos Juizados Especiais Criminais, para os crimes com pena máxima não superior a dois anos, com a vedação legal de aplicação dos institutos despenalizadores.

De fato, não sendo essa a redação da norma em comento, não há óbice à aplicação do Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, a qual visa buscar a interpretação que não contravenha o texto constitucional.

Dissertando sobre o Princípio, o baluarte do professor Luís Roberto Barroso:

[...] O conceito sugere a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É, ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição. À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: a) trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. b) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidente resulta da leitura de seu texto. c) além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição [...].<sup>3</sup>

*Ad conclusum*, somente com a utilização do Princípio da interpretação conforme a constituição, meio de interpretação e de decisão constitucional, será possível a salvação da norma, devendo o Ministério Público ajuizar as ações penais nos órgãos judiciais que entender competentes, ou seja, as varas criminais ou os Juizados Especiais Criminais, postulando a negativa de

aplicação do art. 33 e a interpretação conforme do art. 41 da Lei 11340/06, efetivando-se assim o controle difuso de constituio-

nalidade, incidente em qualquer causa e juízo, ante o evidente equívoco do legislador federal.

## Bibliografia

Lei 11340/06.

Lei 10259/2001.

Lei 11313/2006

Constituição da República Federativa do Brasil.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 3ª ed: Saraiva, São Paulo.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 11ª ed: Atlas jurídico, São Paulo.

MORAES, Guilherme Pena. Direito constitucional. Teoria da Constituição, 2ª ed: Lumen Iuis.

## Notas:

<sup>1</sup> Pressupostos de aplicação da Lei 11340/06, escolhidos objetivamente pelo legislador ordinário nos art. 5º, incisos, I, II, e III da norma protetiva da mulher.

<sup>2</sup> Assim rezava a redação original do art.2º Parágrafo único da Lei 10259/2001: “Art.2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo. Parágrafo único: Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 anos, ou multa.” Posteriormente, com a mudança da ordem jurídica trazida pela Lei 11313/06, assim passou a ser a redação: “ Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Parágrafo único: Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.” (NR) (Redação dada ao artigo pela Lei nº 11.313, de 28.06.2006, DOU 29.06.2006)

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e a aplicação da constituição. ed: Saraiva: São Paulo; 3ª.ed, 1999.

### 3.4.3 Da possibilidade de os Estados-Membros poderem estabelecer modalidade de falta grave quando do cumprimento da pena privativa de liberdade

A lei 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal, publicada no Diário Oficial da União em 13 de julho de 1984, trata da execução de pena criminal. Em seu artigo 49, possibilita aos Estados-membros, em competência supletiva ou complementar, fixar as faltas disciplinares leves e médias, bem como as respectivas sanções. Já o artigo 50 do mesmo diploma legal elenca as denominadas faltas graves. Ressalta-se que tal legislação entrou em vigor sob a égide da Constituição de 1967, modificada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

Todavia, a Constituição da República de 1988 alargou a autonomia dos Estados-membros, quando comparada ao modelo constitucional imediatamente anterior. Nesse contexto foram estabelecidas competências comuns entre todos os entes federativos e competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, a qual está disposta e regulamentada no artigo 24.

Pois bem, o artigo 24, em seu inciso I, informa ser competência concorrente o Direito Penitenciário, competindo à União, unicamente, o estabelecimento das normas gerais (art. 24, § 1º).

A legislação concorrente configura relevante conquista dos Estados, até então supremacia da União, permitindo um equilíbrio no pacto federativo.

Sobre o tema, o saudoso Raul Machado Horta (Estudos de Direito Constitucional, Del Rey, 1995, p. 418):

A legislação concorrente, que amplia a competência legislativa dos Estados, retirando-a da indigência em que a deixou a pletórica legislação federal no domínio dos poderes enumerados, se incumbirá do afeiçoamento da legislação estadual às peculiaridades locais, de forma a superar a uniformização simétrica da legislação federal.

O renomado autor continua sua exposição afirmando que a lei federal cuidará das normas gerais, ou seja, das normas não exaustivas, cabendo aos Estados, ante suas peculiaridades locais,

formular legislação que os atenda dentro do estabelecido pela União. Segundo ele, a lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa e lei estadual preencherá os claros existentes na lei geral (ob. cit. p. 419/420).

Dessa feita, no que tange à legislação penitenciária, a União é competente única e exclusivamente em relação às regras gerais, como a estipulação de faltas, e os níveis em que essas faltas estão divididas, a punição aplicável ao tipo de falta cometido.

Entretanto, o rol das faltas graves (art. 50 da Lei 7.210/84) nunca será taxativo, por efeito da competência suplementar dos Estados que, conforme ressaltado, em razão das peculiaridades locais, poderá estabelecer outras situações em que incidirá a falta grave como, por exemplo, a posse e/ou uso de telefone celular no interior das celas.

Reitera-se que a lei 7.210/84 foi promulgada sob a égide de um regime de exceção, época em que o Estado brasileiro era praticamente um Estado unitário, havendo pouquíssima autonomia aos demais membros da federação. Dessa maneira, com o advento da nova ordem constitucional, embora o texto da norma recepcionada continue o mesmo, ele terá nova leitura e interpretação, consoante os novos princípios e regramentos estabelecidos.

Sobre a sistemática a ser adotada no que se refere ao direito infraconstitucional diante de uma nova Constituição, Luis Roberto Barroso nos ensina que deve haver uma adequação daquela norma em face da nova Carta, inclusive reinterpretando-a. O autor carioca é explícito em sua obra Interpretação e Aplicação da Constituição (Saraiva, 5ª ed., 2003, p. 70):

Atente-se para a lição mais relevante: as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar

o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.

Assim, em uma leitura do art. 49 da Lei 7.210/84 conforme a Constituição de 1988 e considerando o disposto no artigo 24, inciso I da Carta Magna nada impede que legislação estadual amplie as hipóteses de falta grave o que, inclusive, não é expressamente proibido no discutido artigo 49.

Apenas exemplificando acerca da competência concorrente, há a informação prestada por Alexandre de Moraes em seu livro *Direito Constitucional* (Atlas, 6ª ed., 1999, p. 278), onde o autor noticia o Agravo de Instrumento n.º 0149742-0/040-RJ, no Supremo Tribunal Federal, sendo Relator o Min. Néri da Silveira, em que trata da competência concorrente relacionada à matéria “meio ambiente”:

Compete aos Estados, em relação ao controle ambiental, dentro de seus limites territoriais, estabelecer os índices de poluição toleráveis. À **Conama**, Órgão Federal especializado,

**competete estipular os índices máximos de poluição suportáveis, fixando, em conseqüência, um mínimo a ser exigido, o que não impede aos Estados formular exigência maiores a respeito, dentro de seus limites territoriais** - grifei.

Ou seja, os Estados poderiam ser mais rigorosos que a União fixando possibilidade menor de emissão de poluentes, logo, poderiam agravar uma situação em que a União fixou as normas gerais.

Dessa forma, vislumbra-se o mesmo para situações de ocorrência de faltas graves durante o cumprimento de pena. O rol fixado pela União não pode ser suprimido pelo Estado, mas este, utilizando-se de sua competência concorrente e considerando suas particularidades, poderá, **pela via legislativa**, ampliar as hipóteses de falta grave.

Ante o exposto conclui-se ser perfeitamente possível, através de Lei Estadual, ampliar as hipóteses de faltas graves existentes na Lei de Execução Penal.

### 3.4.4 Legitimidade ativa para propor suspensão condicional do processo e transação penal na ação penal exclusivamente privada: MP ou querelante?

**Tatiana Pereira**

*Promotora de Justiça Substituta do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Segunda Promotoria de Brumadinho (MG)*

A Lei 9.099/95 é omissa em relação à possibilidade de aplicação do instituto da transação penal aos crimes de ação penal privada. Trata-se de omissão não intencional para Fábio Bonini Simões de Lima.<sup>1</sup>

Segundo o referido autor, não há lógica para a exclusão, na medida em que a solução por meio do consenso, a partir das condições restritivas, não pode ficar restrita ou condicionada à espécie de ação penal ou seria uma afronta ao princípio da isonomia.

O fato de o ofendido se mover segundo um juízo de conveniência e oportunidade nos crimes de ação penal privada não constitui óbice à admissão da transação penal. O ofendido tem diversas formas de disposição do direito de ação: decadência, renúncia, perempção e perdão do ofendido. Todavia, essas hipóteses não têm natureza restritiva, na medida em que simplesmente expressam a falta de interesse do titular do direito.

Aduz o referido autor que na transação penal, diferentemente, o conteúdo tem natureza restritiva, e mais, a opção pela via consensual não constitui falta de interesse em ajuizar ou prosseguir com a ação penal privada, mas simplesmente a solução pela autocomposição cujo conteúdo possui natureza obrigacional.

Para o autor supracitado, a titularidade da proposta de transação penal persiste com o Ministério Público, na medida em que a transação penal, por ter natureza obrigacional, implica discussão sobre pena, matéria sobre a qual o ofendido não ostenta qualquer legitimidade. Sua legitimidade restringe-se ao ajuizamento ou não da ação penal de conhecimento, tanto que, na hipótese de condenação transitada em julgado, a promoção da execução da pena é devolvida ao Estado.

No entanto, apesar de a titularidade da proposta de transação penal ser do Ministério Público, para que este efetivamente possa oferecê-la, necessária será a oitiva do ofendido ou de seu representante legal, como forma de preservar o interesse deste pela

ação penal. Nesse sentido é o entendimento da 6ª Turma do STJ (RHC 8123/Ap; DJ 21/06/1999; Rel. Min. Fernando Gonçalves). Esse é também o entendimento adotado pela maior parte dos Promotores de Justiça do Juizado Especial Criminal da Capital.

Posicionamento diametralmente oposto é o de Luiz Flávio Gomes, para o qual a proposta de transação penal e de suspensão condicional do processo, na ação penal privada, cabe ao querelante e não ao Ministério Público. Nesse sentido decidiu o STF (RHC 81.720-3/SP – 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19/04/2002, p. 49).

Importante mencionar, ainda, o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, a qual admite transação penal e suspensão condicional do processo em ação penal privada. Os Tribunais também se inclinam favoravelmente à suspensão condicional do processo, nos casos de exclusiva ação penal privada, sendo esta a tendência indicada pelo STJ (RHC 12.276/RJ; Rec. Ordinário em HC 2001/0198163-6. DJ 07/04/2003, p. 296 – 5ª Turma – Rel. Min. Laurita Vaz). Nessa decisão o STJ reconhece que a suspensão condicional do processo não é direito público subjetivo do acusado e define o querelante como parte legítima para fornecer a proposta. O Enunciado 49 do XVII FONAJE (Curitiba/2005) aprova a suspensão condicional do processo (e também a transação penal) para os crimes de ação penal privada e prevê seja a proposta apresentada pelo querelante ao juiz.

Assim, o entendimento majoritário é o de ser possível ao querelante transacionar com o autor do fato, pois se ele pode o mais, que é propor a ação penal, por que não pode o menos, que é propor a transação penal?

Segundo Fernando Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, na ação penal privada, vigora sem restrição, o princípio da oportunidade, o que viabiliza melhor a transação penal. Além disso, o prejudicado será o autor do fato se a transação penal não



puder ser feita pelo querelante. Assim, segundo esses autores, o juiz, aplicando analogicamente o art. 76 da Lei 9.099/95, deve permitir a transação penal para os crimes de ação penal privada, por tratar-se de norma penal mais benéfica. Além disso, em virtude de avanços da moderna criminologia e, sobretudo da vitimologia, a vítima é tida como detentora de interesses mais amplos, que vão além da obtenção da reparação civil dos danos, sendo reconhecido também seu interesse na imposição de pena.

Imperioso mencionar, ainda, os doutrinadores contrários à possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo, em sede de ação penal privada, bem como os respectivos argumentos.

Para Mirabete a Lei 9099/95 não prevê a possibilidade de transação penal na ação penal privada porque o ofendido não é o representante do titular do *jus puniendi*, mas somente do *jus persequendi in judicio*. Aduz ainda que numa visão tradicional, o interesse da vítima é o de ver reparados os danos causados pelo

crime, o que lhe é possibilitado no instituto da composição, ou com a execução da sentença condenatória. Segundo o referido autor, não cabe também a suspensão condicional do processo na ação penal privada exclusiva, já que o art. 89 se refere apenas à denúncia e não à queixa. A opção da lei se justifica porque a proposta de suspensão do processo nada mais é do que a excepcional adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública, quando é a própria regra na ação penal privada.<sup>2</sup>

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Damásio e Sheila Bierrembach, os quais entendem ser inaplicável a transação em ação penal privada, pelas razões acima mencionadas.

Por fim, importante mencionar que no 1º Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça da Área Criminal, ocorrido no mês de outubro de 2006, em Araxá, foi aprovada, por maioria, a seguinte súmula: “É possível propor transação penal e suspensão condicional do processo em ação penal privada, devendo a proposta ser feita pelo Ministério Público.”

## Notas

<sup>1</sup> LIMA, Fábio Bonini Simões de; **Juizados Especiais Criminais - Lei 9099/1995 - Aspectos Jurídicos e Relevantes - Doutrina e Jurisprudência - 10 anos da Lei**, 1. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 80/81;

<sup>2</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini; **Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência e Legislação**, 5 ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 149

### 3.4.5 Tutela penal da discriminação e do preconceito

**André Luiz dos Santos**

*Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito de Jaú Mestrando em Direito Constitucional – I.T.E./Bauru*

A Constituição de 1.988 fixou que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei.<sup>1</sup> A Lei reclamada pelo Poder Constituinte foi editada no ano seguinte e definiu os crimes resultantes de preconceitos de raça e cor.<sup>2</sup> Contudo, mesmo antes da previsão Constitucional já se tutelava no Brasil, como bens jurídicos relevantes ao Direito Penal, a discriminação e o preconceito.

Com efeito, o Código Penal Militar<sup>3</sup> estabeleceu como crime de genocídio a provocação da morte de membros de grupo nacional, étnico, religioso ou racial. O Código Penal<sup>4</sup>, por sua vez, no Capítulo dos Crimes contra a Honra, mais especificamente ao prever o delito de injúria, estipulou como forma qualificada do crime a ofensa relativa a elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem.

Além desses textos codificados, leis esparsas também trataram do tema. O Diploma que nasceu para regular os casos de abusos de autoridade trouxe em seu bojo a proteção da discriminação e do preconceito, ao colocar como crimes de abuso de autoridade o atentado à liberdade de consciência e de crença e a submissão de pessoa sob a guarda ou custódia da autoridade a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.<sup>5</sup>

Já a “Lei de Imprensa” incriminou atos de discriminação no uso e exploração dos meios de informação e divulgação, prescrevendo como típica a ação de fazer propaganda de preconceitos de raça e de classe.<sup>6</sup> No mesmo cerne veio a disposição da Lei que fixou os crimes contra a segurança nacional, a ordem social e a política social, que erigiu à categoria de crime o ato de fazer, fomentar ou divulgar, em público, propaganda de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais ou de per-

seguição religiosa.<sup>7</sup>

No entanto, depois da Carta Magna em vigor é que a proteção aos bens jurídicos discriminação e preconceito, no âmbito do Direito Penal, tornou-se mais ampla. Isso porque, cumprindo a missão deixada pelo Constituinte de 1988, o Legislativo definiu os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.<sup>8</sup>

Foram consideradas criminosas pela Lei em referência as seguintes ações: impedir o acesso de pessoas habilitadas aos empregos públicos ou privados; recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial ou a hospedagem em hotel; recusar ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado; impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou privados; impedir o acesso ao uso dos transportes públicos; impedir o acesso ao serviço das Forças Armadas; impedir ou obstar a convivência familiar e social; e, finalmente, praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

O fomento do Ordenamento Jurídico pátrio no assunto, porém, não cessou, seguindo com a Lei que colocou como criminosas as condutas de exigir teste de gravidez ou esterilização para efeitos admissionais ou permanência da relação jurídica de trabalho<sup>9</sup>, visando a evitar praticas discriminatórias contra a mulher no mercado de trabalho. A “Lei de Tortura”<sup>10</sup>, de outro lado, não esqueceu de tipificar ações relativas ao preconceito, descrevendo como crime o ato de constranger alguém, com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, em razão de discriminação racial ou religiosa.

Oportuno ressaltar que todos os tipos penais apontados,

sejam precedentes, sejam posteriores ao Texto Maior, trabalham junto com a previsão Constitucional de combate ao preconceito e à discriminação. Contudo, não se pode ignorar que, só com as prescrições legais, permanece a dificuldade na busca da punição dos autores das condutas. Até porque, como as vítimas, em regra, são inferiorizadas por outros fatores sociais, vêem-se temerosas em denunciar as ações.

Portanto, conclui-se que apenas a força da lei e a previsão de penas não são suficientes, tornando-se mister que mecanismos sejam criados para efetivamente aplicar as disposições legais. Algo já se pensou nesse sentido, com a criação de delegacias especializadas e profissionais de segurança treinados para o combate à

criminalidade específica. Entretanto, maior divulgação da existência das leis e, ainda, do poder de punição delas, evitando, com isso, condutas futuras, apresenta-se pertinente para o objetivo de eliminar da sociedade o preconceito e a discriminação.

Mas, para não encerrar com a idéia do insucesso, considerando que avanços foram destacados, cabe lembrar, como exemplo de efetividade da tutela penal do preconceito e da discriminação, julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>11</sup> que reconheceu como racista a apologia, em livros, de idéias discriminatórias e preconceituosas a respeito da comunidade judaica. Além da tipificação da ação nos tipos do racismo, a decisão sustentou a imprescritibilidade do delito, prevista constitucionalmente, e puniu o autor. Fica esse alento ao lado do alerta formulado.

## Notas

<sup>1</sup> Art. 5º, XLII, C.F..

<sup>2</sup> Lei nº 7.716/89.

<sup>3</sup> Lei nº 1.001/69: art. 208.

<sup>4</sup> Decreto-lei nº 2.848/40: art. 140, § 3º.

<sup>5</sup> Lei nº 4.898/65: arts. 3º e 4º.

<sup>6</sup> Lei nº 5.250/67: arts. 13 e 14.

<sup>7</sup> Lei nº 7.170/83: art. 22.

<sup>8</sup> Lei nº 7.716/89.

<sup>9</sup> Lei nº 9.029/95.

<sup>10</sup> Lei nº 9.455/97.

<sup>11</sup> HC 15155/RS; HABEAS CORPUS nº 2000/0131351-7; Rel. Ministro GILSON DIPP; T5 QUINTA TURMA; 18/12/2001; DJ 18.03.2002, p.277; LEXSTJ, vol. 157, p. 260; RJTJRS, EDIÇÃO ESPECIAL, DEZEMBRO 2004, p. 95; RSTJ, vol. 156, p. 446.

## 3.4.7 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

### A) Obras Doutrinárias

#### 3.4.6.1 BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento de dever legal.** Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005, 344 p.

O autor é Advogado Criminalista, Professor Adjunto do Departamento de Ciências Jurídicas da Fundação Universidade de Rio Grande (FURG) e também Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais.

A obra, fruto de seus estudos de doutoramento, aborda o estrito cumprimento do dever legal estabelecendo parâmetros “que permitissem compatibilizar a atuação de quem cumpre a lei com a inarredável exigência de resguardo e promoção dos direitos fundamentais na medida em que são assegurados pelo modelo de Estado e Constituição vigentes”, diz o autor (p. 13).

Baseado em uma concepção garantista e inspirado nos escritos de Luigi Ferrajoli, o jurista busca reconstruir o instituto em estudo dotando-o das condições necessárias a sua harmonização a atual ordem constitucional. Declaradamente finalista, pondera ter guardado certo distanciamento da moderna teoria da imputação objetiva e dos modelos funcionais da teoria do crime, pois, ao procurarem adaptar o direito penal às exigências da cha-

mada “sociedade de risco”, acabam os autores defensores de tais concepções perdendo de vista o indivíduo, que deve permanecer sendo o centro do direito penal.

Para o Professor Luís Augusto, com apoio na teoria da tipicidade conglobante, o estrito cumprimento do dever legal tem natureza jurídica de causa de atipicidade da conduta (p. 333). E, nesse sentido, assevera:

Assim, sistematizamos os princípios que devem orientar o cumprimento da lei, de forma a evitar excesso ou abuso de poder: intervenção mínima, proporcionalidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais. Sustentamos que no estrito cumprimento do dever legal não há lugar para a violação da vida, acompanhados do melhor entendimento doutrinário (p. 14).

Sem dúvida, uma obra que, por tratar especificamente do tema, merece a atenção de todos os operadores do direito que militam na seara criminal.

#### 3.4.6.2 PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa.** Tradução, introdução e notas de GRECO, Luís. Manole: Barueri (SP), 2004, 152 p.

É bastante conhecida dos estudiosos do direito penal a Professora Ingeborg Puppe, Livre-docente em direito pela Universidade de Heidelberg e Catedrática de direito penal e direito processual penal na Universidade Rheinische Friedrich-Wilhelms, em Bonn, Alemanha. Luís Greco, tradutor e comentarista da obra, é também conhecido no cenário acadêmico e doutrinário, tendo

concluído o seu mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade Ludwig Maximilian, de Munique, sob a orientação de Claus Roxin, instituição na qual atualmente cursa o doutorado.

A presente obra consiste, na verdade, nas notas da autora ao § 15 do Código Penal alemão no *Nomos Kommentar*.

Como enfatiza o tradutor, o “tema é um clássico do direito penal: a distinção entre dolo e culpa, de tanta importância no direito alemão quanto no brasileiro” (p. x). Mas adverte em seguida:

Ainda assim, apesar da importância prática do tema, nota-se – tanto alhures quanto em vários outros setores da ciência do direito penal brasileira – um total congelamento da elaboração científica, que em cinquenta anos pouco avançou além de Nelson Hungria (...). (p. x)

Se o direito pátrio adotou a *teoria do consentimento* a respeito da matéria no art. 18, I, do CPB, lembra Luís Greco que a autora tem uma visão totalmente original a respeito da

distinção entre dolo e culpa, “como, sobretudo, que a tal teoria do consentimento, defendida quase unanimemente entre nós desde *Hungria*, representa uma etapa talvez ultrapassada pela evolução da dogmática penal moderna” (p. xi).

Hoje há uma multiplicidade de visões a respeito do tema, com as quais o leitor vai deparar à medida que for familiarizando-se com o texto da professora Puppe, e que devem instigá-lo a refletir que a ciência do direito penal avançou, e muito, nesses últimos cinquenta anos (pp. xii e xiii).

Vale destacar, por fim, o apuro técnico e linguagem didática utilizados pelo tradutor, bem como os seus próprios e enriquecedores comentários ao texto, este originado de uma das doutrinas mais ricas e abalizadas sobre o direito penal.

## B) Artigos

### 3.4.6.3 SILVA, Pablo Rodrigo Afflen da. **Panorama da concepção atual de culpabilidade.** REVISTA IBERO-AMERICANA DE CIÊNCIAS PENAIS. Publicação do Centro de Estudos Ibero-americano de Ciências Penais, Porto Alegre, Ano I, número 0, maio/agosto de 2000, pp. 140-149.

Quando escreveu o artigo, o autor era acadêmico de Direito da Unisinos, monitor de Direito Penal e Processo no Centro de Ciências Jurídicas.

Basicamente, o texto tem por escopo apresentar “uma breve visão das principais teorias acerca da culpabilidade até a análise atual de sua concepção e implicações” (p. 140).

Além de traçar elucidativos comentários acerca das teorias psicológica, psicológico-normativa e a normativa pura, o autor também trabalha em outros três tópicos os seguintes temas: A nova concepção de culpabilidade e a teoria da *Doppelstellung der Vorsatz*, A autonomia do dolo frente à visão ontológica da

ação e Críticas à teoria da dupla posição do dolo.

Ao final, conclui-se que:

Da análise elaborada até aqui acerca das principais teorias da culpabilidade se constata que o princípio da culpabilidade é de fundamental importância para a ciência do Direito Penal, todavia, sua concepção atual que esteja (ou não) baseada na *dupla função do dolo* ou em uma “*ação finalista normativa*” (Roxin), deve ser fundamentada na questão individual, segundo a possibilidade alternativa de decisão e ação do autor do delito, de modo que seja possível estabelecer um juízo de culpabilidade individual consubstanciado no “livre-arbítrio”, ou seja, no *poder-agir-de-outro-modo*, assumindo posição de luta a um determinismo absoluto (p. 148).

### 3.4.6.4 SANTOS, Elise Silveira dos. **Da constitucionalidade do tratamento diferenciado para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.** BOLETIM DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS – ICP. Belo Horizonte, Ano VI, número 79, abril de 2007, pp. 2-4.

A autora é advogada, graduada pela UFMG, pós-graduada *lato sensu* em Direito Municipal e Direito Eleitoral pelo JN&C – de Direito Municipal vinculado à Universidade de Alfenas.

Ao defender a constitucionalidade da chamada Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), no que se refere à aplicação das medidas protetivas diferenciadas para se coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, a autora traz a seguinte argumentação:

(...) além de contar com justificativa fática e racional para criar tratamento jurídico diferenciado entre gêneros, [a Lei Maria da Penha] extrai sua legitimidade da Constituição Federal, já que visa à garantia de um tratamento digno à mulher. A

diferenciação dada pela Lei busca implementar um trato mais humano e justo àquela que se encontra em situação de risco e desamparo (p. 4).

O artigo ainda é recomendado porque faz várias referências sobre os aspectos legais do novo regime jurídico conferido pela nova lei. Além disso, o ponto de vista encampado pela autora extrai o seu fundamento a partir de vários dispositivos e princípios constitucionais, paradigmas normativos encontrados no plano internacional, abalizada doutrina e jurisprudência brasileira, estudos oriundos do campo da psicologia *etc.*

Enfim, trata-se de um artigo que realmente aborda a matéria com o grau e zelo merecidos quando se tem em foco um tema de tal relevância.

## 3.4.8 Jurisprudências da área

### 3.4.7.1 TJMG, 1º Grupo de Câmaras Criminais. *O Ministério Público é parte legítima para propor revisão criminal em favor do condenado*

**EMENTA:** REVISÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - O Ministério Público é parte legítima para propor revisão criminal, posto que, conforme a Constituição da Repúbli-

ca, deve funcionar como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. - O Juiz pode proferir sentença condenatória, mesmo quando o representante ministerial opina pela absolvição.- Encontrado

o agente na posse de drogas, não havendo provas seguras do tráfico, e sendo ele tido como seu contumaz usuário, impõe-se a desclassificação para o delito de porte para uso de substâncias entorpecentes proibidas.

(...)

Quanto à legitimidade, deve-se primeiramente examinar a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público, argüida pela Procuradoria de Justiça.

Apesar de já haver entendido que o Ministério Público não é parte legítima para propor a Revisão Criminal, entendo por bem mudar este posicionamento, com base no disposto no artigo 127 da Constituição Federal de 1988, que passou a atribuir ao parquet a função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Trata-se de questão muito polêmica e que tem gerado grandes discussões doutrinárias. Contudo, devo conhecer do presente pedido, apesar do parecer contrário da Ilustre Procuradora de Justiça.

A Lei 8.625/1993, em seu artigo 1º, assim como a Constituição da República, diz que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais. Assim, entendo que a legitimidade, neste caso, não pode ser analisada simplesmente pela esfera do Código de Processo Penal, que, ressalte-se, em vários aspectos não foi recepcionado pela Constituição vigente. A análise da dita legitimidade tem de ser vista também com base nos postulados constitucionais, afinal, é a Carta Magna que serve de parâmetro para a interpretação das leis ordinárias, e não o contrário.

Destarte, o objetivo do Ministério Público não é a condenação do réu, mas a realização da justiça. Se entender que esta não foi alcançada, deve o representante Ministerial continuar no seu objetivo. E se ele pode impetrar habeas corpus e até mesmo recorrer em favor do réu, não há razão para que não possa propor a revisão criminal.

Portanto, a conclusão a que podemos chegar é que, presente uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal, é possível a propositura da revisão criminal, também pelo Ministério Público, corroborando com o compromisso deste com a democracia e, principalmente, com a Justiça.

Como diz brilhantemente Paulo Rangel:

“Não há a menor dúvida que, por força da Constituição, tem

### 3.4.7.2 TJMG, 4ª Câmara Criminal. Porte de faca de cozinha não configura, por si só, a contravenção penal tipificada no art. 19 da LCP

**EMENTA:** CONTRAÇÃO PENAL - PORTE DE ARMA - FACA DE COZINHA - ARMA IMPRÓPRIA - ABSOLUÇÃO MANTIDA - SUBSTITUIÇÃO DE PENA - ANTECEDENTES - PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA. A faca de cozinha é isoladamente um utensílio doméstico, transformando-se, em determinadas circunstâncias em arma imprópria, assim, não havendo prova neste sentido, o seu porte pelo acusado não configura, por si só, a contravenção penal definida no art.19 da LCP, a determinar a manutenção de sua absolvição. O fato de o apelado ter contra si inquéritos policiais não impede a substituição da sua pena carcerária por restritiva de direitos, a teor do art. 44 do CP, em face do princípio da inocência. Apelação desprovida.

o Ministério Público legitimidade para requerer a revisão criminal em favor do restabelecimento da ordem jurídica violada com um erro judiciário, pois a legitimidade não é em favor do condenado, mas, sim, a favor da reintegração do ordenamento jurídico agredido com o erro judiciário. A legitimidade do Ministério Público deflui da interpretação sistemática do Código de Processo Penal, que, no seu artigo 257 c/c 577 c/c 654, autoriza o Ministério Público a agir na defesa da liberdade, bem como da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625/1993, que, em seu artigo 32, I, legitima os promotores de justiça a ingressarem com habeas corpus perante os tribunais, sendo um contra-senso sustentarmos que não legitima para ingressar com a revisão criminal. Pois, onde existe a mesma razão fundamental, há de aplicar-se a mesma regra de direito, ou seja: a razão é a garantia da liberdade do indivíduo, sua dignidade enquanto pessoa, e tanto o habeas corpus quanto a revisão criminal são instrumentos postos pela ordem jurídica para tal garantia”. (Rangel, Paulo - Direito Processual Penal. 10 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005).

No mesmo sentido, entende Eugênio Pacelli de Oliveira:

“Não vemos razão alguma para não se admitir a legitimidade do próprio Ministério Público para a ação de revisão. Dizer que falta previsão no CPP não resolve a questão, porquanto, conforme já tivemos oportunidade de salientar tantas vezes, a Constituição da República promoveu verdadeira revolução copérnica no processo penal brasileiro, sobretudo em relação às garantias individuais e ao papel do Ministério Público, órgão inteiramente imparcial em relação às questões penais. Por isso, e como compete a ele zelar pela defesa da ordem jurídica, tem ele atribuição para impedir a privação da liberdade de quem esteja injustamente dela privado, seja por meio de habeas corpus, seja pela via da revisão criminal”. (Oliveira, Eugênio Pacelli de - Curso de Processo Penal. 5 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005).

Fernando Tourinho também corrobora com este entendimento:

“É profundamente estranha essa exclusão do Ministério Público. Se pode impetrar ordem de habeas corpus, se pode recorrer pro-réu, por que razão não pode requerer a revisão criminal?” (Filho, Fernando da Costa Tourinho - Código de Processo Penal Comentado - Volume 2. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1997).

Assim, presente a legitimidade do peticionário. (TJMG, 1º Grupo de Câmaras Criminais, Revisão Criminal nº 1.000.05.430638-6/000, Rel. Des. Jane Silva, j. 13.11. 2006, DJ 09.02.2007)<sup>1</sup>.

(...)

À minha ótica, imperioso estabelecer o significado do termo arma, o qual segundo a lição de Heleno Fragoso: - “é o instrumento em condições de ser utilizado ou o que pode a qualquer instante ser usado para o ataque ou a defesa” - (Revista de Direito Penal, vol. II, p. 74). Portanto, resulta que muitos objetos enquadraram-se nesta definição, erigindo-se nas denominadas armas impróprias, o que impõe seja efetivada a exegese restrita do mencionado art. 19 da Lei de Contravenções Penais.

In casu, emerge do auto de apreensão de f. 16 que o apelado portava: - “uma faca, tipo cozinha, marca smonaggio inox”,

ou seja, isoladamente, esta faca é, em realidade, um utensílio de cozinha e não um instrumento específico de ataque ou defesa; assim, necessária se revelava a prova da circunstância de que tal faca de cozinha teria desvirtuada a sua finalidade, demonstrando que o seu porte pelo apelado não configura, por si só, o tipo inculcado no referenciado art. 19 da LCP, conforme fixado com acerto na sentença fustigada.

A jurisprudência pátria corrobora o entendimento supra externado, segundo a compilação de Alberto Silva Franco, v.g.,

“O porte de uma faca de cozinha, com lâmina de 12 cm não caracteriza a contravenção do art. 19 da LCP, pois armas brancas de uso proibido em locais públicos, por certo são aquelas de tipos principalmente cortantes como as navalhas, ou essencialmente perfurantes como os punhais, ou notadamente vulnerantes como as

facas de maior porte, com lâminas maiores, de que são exemplos as peixeiras, dentre outras de aspectos e finalidades semelhantes (TACRIM-SP - AC - Rel. Pires Neto - Rolo-flash 1.032/370, j. 14.3.96)” (Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, ed. RT, 7ª ed., vol. 1, p. 129).

Neste tocante, saliente-se que o fato de o apelado estar portando a aludida faca logo após o cometimento do furto não pode, *per si*, arrimar a ilação de que a usaria contra pessoas. Não há sequer indícios passíveis a erigir qualquer presunção nesse sentido. Assim, embora o referido art. 19 da LCP não insira no seu tipo o elemento volitivo do agente, imperioso é confirmar a absolvição do apelado. **(TJMG, 4ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0319.05.020209-6/001, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, j. 11.10. 2006, DJ 11.11.2006).**

### 3.4.7.3 TJMG, 1ª Câmara Criminal. Crime de tortura cometido por policial civil. Perda da função pública e interdição do seu exercício pelo dobro do prazo da pena.

**EMENTA:** PENAL E PROCESSO PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE TORTURA - LEI N. 9.455/97, ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA “A”, C/C § 4º, INCISO I - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. Comprovado que o acusado, como policial civil, no intuito de obter confissão sobre furto, algemou as vítimas e agrediu-as fisicamente, configurado o delito de tortura. “Nos crimes que deixam vestígios, o exame de corpo de delito pode ser substituído, plenamente, pelos de-

poimentos testemunhais ou qualquer outro tipo de prova” (TJSP - RT 709/315), nos termos do art. 158 do CPP. A perda da função pública e a interdição do seu exercício pelo dobro do prazo da pena, decorrentes da condenação pelo crime de tortura, são efeitos lógicos e obrigatórios trazidos pela Lei n. 9.455/97 (art. 1º, §5º). Recurso desprovido. **(TJMG, 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0699.99.001218-8/001, Rel. Des. Sérgio Braga, j. 19.12. 2005, DJ 20.01.2006)**<sup>2</sup>.

### 3.4.7.4 STF, 2ª Turma. Possibilidade de o Promotor de Justiça de 1ª Instância impetrar Habeas Corpus diretamente perante o Supremo Tribunal Federal

**EMENTA** “HABEAS CORPUS” - IMPETRAÇÃO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - POSSIBILIDADE - LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE RONDÔNIA (LC Nº 94/93) - AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUIZ DE DIREITO TITULAR DE VARA DE AUDITORIA MILITAR, PARA, NELA, INCLUIR A ATRIBUIÇÃO DE PROCESSAR E JULGAR “FEITOS CRIMINAIS GENÉRICOS” - ALEGADA OFENSA, POR REFERIDO DIPLOMA LEGISLATIVO, AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL - INOCORRÊNCIA - PEDIDO INDEFERIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a possibilidade de o representante do Ministério Público, embora com atuação no primeiro grau de jurisdição, ajuizar, em nome do “Parquet”, ação originária de “habeas corpus” perante esta Suprema Corte ou junto a qualquer outro Tribunal judiciário.

Precedentes. - A LC nº 94/93 do Estado de Rondônia - que instituiu, nessa unidade da Federação, a respectiva Lei de Organização Judiciária - não transgride o postulado constitucional do juiz natural, revelando-se legítima no ponto em que defere, ao Juiz estadual que desempenha funções próprias da Vara de Auditoria Militar, a prática de outras atribuições jurisdicionais, inclusive o exercício da competência penal em face de réu civil acusado de suposto cometimento de crime desvestido de natureza militar. Esse diploma legislativo, na realidade, limitou-se a atribuir, ao titular da Vara de Auditoria Militar da comarca de Porto Velho/RO - que é magistrado estadual -, o exercício cumulativo tanto de funções peculiares à Justiça Militar local (CF, art. 125, § 4º) quanto de atribuições jurisdicionais próprias da Justiça Comum estadual. Precedentes **(STF, 2ª Turma, HC 85725/RO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.11.2006, DJ 23.02.2007, p. 40).**

## Notas

<sup>1</sup> Material enviado pela Promotoria de Justiça da Comarca de Estrela do Sul (MG).

<sup>2</sup> Material enviado pelo Centro de Apoio das Promotorias de Justiça Especializadas na Defesa dos Direitos Humanos e Apoio Comunitário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

## 4. INFORMAÇÕES VARIADAS

### 4.1 EXPERIÊNCIAS DE OUTROS MINISTÉRIOS PÚBLICOS

#### 4.1.1 Carta de Brasília

A ABRAMPA publica a “CARTA DE BRASÍLIA”, que sintetiza as conclusões e recomendações do 3º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, realizado nos dias 23 e 24 de novembro de 2006, em Brasília - DF.

Sob os auspícios da ABRAMPA - Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente; o Ministério Público (Federal, dos Estados e Distrito Federal), e representantes de órgãos e entidades de defesa do patrimônio cultural, reunidos no 3º Encontro Nacional: O Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, realizado nos dias 23 e 24 de novembro de 2006, em Brasília - DF, reafirmando os princípios e conclusões da “Carta de Goiânia” e da “Carta de Santos”, aprovam as seguintes conclusões e recomendações:

1. O patrimônio cultural é uma das dimensões do meio ambiente, o qual não se resume a aspectos meramente naturalísticos. Assim, a tutela do patrimônio cultural deve ser efetivada dentro do sistema jurídico que informa o Direito Ambiental.

2. O reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, engloba a dimensão cultural, porque não há falar em vida dotada de qualidade quando se arredam os valores associados à cultura.

3. A todo bem cultural há de ser dado um uso, que deve se harmonizar com a preservação de suas características essenciais.

4. Dentre os vários valores identificadores de bens culturais merecedores de proteção, ressaltam-se: o arquitetônico, o histórico, o evocativo, o ambiental, de recorrência regional, de raridade funcional e de antiguidade, podendo determinado bem ostentar simultaneamente mais de um desses valores.

5. São direitos culturais assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros: o direito de participar da vida cultural, o direito de acesso aos bens culturais e às fontes de cultura, o respeito à identidade, diversidade e liberdade cultural.

6. São direitos da população local em relação ao seu patrimônio cultural: direito de conhecer sua própria história e a de seu povo; direito a conservar suas manifestações culturais em contato com a continuidade das tradições; direito a ser informada e participar da tomada de decisões que afetem os bens culturais; direito de beneficiar-se, com prioridade, do desenvolvimento socioeconômico que a utilização do bem possa gerar; direito a que se considere, prioritariamente, a qualidade de vida do morador local e que esta não reste prejudicada pela atenção ao turismo ou a terceiros, garantindo à população a identificação de seus próprios valores sociais.

7. A proteção ao entorno do bem cultural é ampla, englobando aspectos tais como a visibilidade, perspectiva, harmonia, integração, altura, emolduração, iluminação, ou seja, a própria ambiência do bem.

8. A utilização de recomendações pelo Ministério Público objetivando a proteção do patrimônio cultural deve ser prestigiada, tendo em vista sua função instrumental de divulgar normas existentes no ordenamento jurídico, evitando, por parte do destinatário, a alegação de desconhecimento de obrigações em relação aos bens culturais.

9. Embora não incluídos entre os bens patrimoniais da União, os sítios arqueológicos históricos estão sob a guarda e proteção do poder público, sendo aplicável, para sua proteção, o disposto na Lei Federal 3924/61 e Portaria n. 07/88 do IPHAN.

10. A proteção do patrimônio arqueológico decorre da Lei e não depende de qualquer outro ato declaratório do poder público.

11. São aplicáveis à proteção do patrimônio arqueológico os princípios fundamentais do Direito Ambiental, em especial os princípios da intervenção estatal obrigatória, da supremacia do interesse público, da precaução, da responsabilidade e da indisponibilidade.

12. O Ministério Público deve velar para que a gestão do patrimônio arqueológico integre as políticas públicas municipais de gestão do patrimônio cultural, especialmente no que se refere aos sítios arqueológicos históricos, incluindo a delimitação das áreas com potencial arqueológico situadas na zona urbana ou rural, com a exigência de que quaisquer intervenções em imóveis localizados em tais áreas sejam acompanhadas por arqueólogo.

13. A responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo cometimento de crime contra o patrimônio cultural é plenamente viável, encontrando expressa previsão nos arts. 225, § 3º. e 216, § 4º. da CF/88, devidamente regulamentados pela Lei 9.605/98.

14. O objeto jurídico protegido pela norma do art. 65 da Lei 9.605/98 é o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, mesmo quando o objeto material recair em edificação urbana pertencente a particular.

15. A objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio cultural não é dominial, e sim difusa, sendo irrelevante o domínio circunstancial do bem objeto de proteção.

16. O turismo, exercido de forma organizada e sustentável, pode ser um instrumento de relevo para a proteção e promoção do patrimônio cultural.

17. A coletividade deve ser ressarcida por danos extrapatrimoniais decorrentes de lesão a bens de valor cultural.

18. A responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente cultural, além de solidária, é objetiva, mesmo em casos de omissão lesiva.

19. Os estudos técnicos elaborados para a definição de categoria e criação de unidades de conservação deverão compreender levantamento de eventuais populações tradicionais e suas respectivas práticas e conhecimentos como forma de subsidiar, inclusive, a escolha da categoria de unidade de conservação.

20. Na hipótese dos estudos técnicos indicarem que o ecossistema suporta o impacto causado pelas atividades desenvolvidas pelas populações tradicionais residente, poderão ser criadas unidades de conservação de uso sustentável (Reserva Extrativista

ou Reserva de Uso Sustentável).

21. As práticas culturais (modos de vida, fontes de subsistência, formas de moradia etc.) das populações tradicionais residentes deverão ser asseguradas na hipótese de eventual reassentamento, quanto da criação de unidades de conservação de proteção integral.

É do anseio de todos a realização do IV Encontro do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural.

## 4.2 CRIMES HEDIONDOS E PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL

### 4.2.1 Lei 11.464/2007. “Novatio legis in mellius”. Direito intertemporal. Aplicação imediata aos condenados por crime hediondo.



Charles Daniel França Salomão

Não se trata, aqui, de discussão meramente doutrinária ou acadêmica: os resultados práticos advindos da interpretação da Lei 11.464/2007 afetarão diretamente a sociedade, na medida em que se estará permitindo,

ou não, a progressão para o regime semi-aberto, com cumprimento de exíguo tempo de pena corporal, aos mais perigosos e violentos sentenciados por crimes hediondos, com direito sucessivo ao trabalho externo e saídas temporárias, cujos benefícios propiciarão o contato direto com o meio social e inevitavelmente com a vítima e sua família.

Preludialmente, anoto que a progressividade dos regimes prisionais no ordenamento jurídico brasileiro baliza-se em quatro momentos históricos distintos: em 1984, com a publicação da Lei 7.210, denominada Lei de Execução Penal (art. 112 progressão com 1/6 da pena); em 1990, com a edição da Lei 8.072 (o § 1º, art. 2º previa o regime integralmente fechado); no dia 23 de fevereiro 2006 o plenário do STF, ao julgar o HC n.º 82.959, alterou sua jurisprudência, proclamando a inconstitucionalidade do sistema integralmente fechado, admitindo-se a progressão com 1/6 para todos os condenados; finalmente, o último marco histórico remonta a 29 de março de 2007, com a entrada em vigor no ordenamento jurídico da Lei 11.464, admitindo a progressão para os crimes hediondos, cumpridos 2/5 ou 3/5, se primário ou reincidente.

Diante da atualidade do tema, em recente pesquisa sobre a violência, publicada no dia 09/4/2007, pelo instituto “CNT/SENSUS”, no que pertine à percepção da violência, chegou-se aos seguintes resultados: nove em cada dez entrevistados (90,9%) acreditam que a violência aumentou. Cerca de 60% acham que a segurança pública piorou nos últimos seis meses. Para 21,1%, ficou igual e para 16,5% melhorou. A maioria dos entrevistados atribuem a violência à pobreza e à miséria (24,1%). Em seguida,

vêm as falhas na Justiça (19,1%), o tráfico de drogas (19%), as leis brandas (15%), a corrupção policial (11%) e a falta de policiamento (7,6%). Sobre pena de morte, a aprovação subiu de 43,7% em maio de 2003 para 49% em abril de 2007.

Com efeito, a novel alteração legislativa destinou-se a seguir o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual, desde 1990, vinha proclamando, reiteradamente, a constitucionalidade do regime integralmente fechado, preconizado pelo então art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos. Contudo, desde 23 de fevereiro de 2006, quando o Plenário do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959, Relator Ministro Marco Aurélio, houve sensível e revolucionária alteração de posicionamento da jurisprudência, persistente por 16 anos. Por maioria apertada dos Ministros, o Supremo passou a entender que a proibição de progressão de regime violaria o princípio da individualização da pena.

No entanto, ante a inexistência de súmula vinculante, nos termos da Lei nº 11.417/06, que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, e diante da omissão do Senado Federal em suspender a execução do dispositivo legal em comento (art. 52, X da Constituição da República), ordinariamente, as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, incidentalmente, são desprovidas de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*.

Em sede de direito intertemporal, a lei nova, em relação aos crimes praticados após 29 de março de 2007, considerando a data do fato, diante da Teoria da Atividade preconizada pelo art. 4º do Código Penal, tem aplicação imediata, regulando as relações jurídicas futuras.

A celeuma se instala quanto aos fatos anteriores a publicação da Lei 11.464/2007. Indaga-se: a norma é retroativa e de aplicação imediata aos fatos praticados antes de sua vigência? Penso que sim.

Respeitadas as opiniões em contrário, através da interpretação conforme a Constituição, em consonância com o sistema de execução penal, conclui-se pela constitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos e figuras equiparadas. Foi de gênese constitucional (art. 5º, XLIII) a intenção de se dar tratamento mais severo para os condenados por certos e específicos crimes - rotulados de hediondos - vez que é da natureza axiológica do princípio da Isonomia jurídica tratar de forma igual os iguais e de forma desigual aqueles que estão em situação jurídica desigual, pela prática de graves e diferenciados delitos. Preserva-se, assim, o princípio da individualização da pena. Inconstitucional seria aplicar-se a mesma regra, inadvertidamente, para todos: progride-se o regime prisional com o cumprimento de apenas 1/6 da pena tanto o ladrão de galinha, que praticou delito sem qualquer gravidade, como o homicida qualificado, o estuprador ou o terrorista. Não se pode dar tratamento igualitário a situações fático-jurídicas completamente distintas.

Entrementes, revela-se impossível ao cidadão exercer seus direitos fundamentais como a vida, saúde, liberdade, propriedade, sem a necessária segurança na sociedade em que vive. Nesse contexto, entremostra-se incongruente, nociva e anti-social a tese de inconstitucionalidade do regime integral fechado.

Sendo assim, inexistindo súmula vinculante específica, o novo paradigma legal transmuda-se em verdadeiro *novatio legis in mellius*, já que em um ambiente jurídico que estabelecia a vedação total ao sistema progressivo para os condenados por crimes hediondos, admite-se, agora, a progressão para tais delitos, com cálculo diferenciado e mais gravoso (2/5 ou 3/5) em relação aos outros crimes comuns (1/6). Melhorou-se, assim, a situação dos condenados. Tal interpretação é possível partindo-se do pressuposto que a malsinada decisão da Corte Superior, alterando a sua jurisprudência, a partir do *Habeas Corpus* nº 82.959, produziu efeitos somente naquele caso concreto, cujo paciente era Oséas de Campos. Não produziu efeitos radiantes, pan-processuais. Descabe falar-se, ali, de acordo com o tradicional sistema de controle de constitucionalidade, em eficácia vinculante, tampouco efeito *erga omnes*.

Para os que defendem a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, em sentido diametralmente oposto, a lei nova em comento seria considerada mais gravosa para os

sentenciados que praticaram fato antes de 29 de março de 2007, sendo, pois, irretroativa (CR/88, art. 5º, XL). Disso resultaria a progressão para todos os crimes, indistintamente, com o cumprimento apenas de 1/6 da pena (quanto ao requisito objetivo), dada a única regra jurídica existente, nos termos do art. 112 da LEP, pouco importando a natureza do crime e o mencionado comando constitucional que dispensa tratamento mais severo os crimes hediondos.

O que se percebe é que os defensores da inconstitucionalidade - que, por sinal, ganharam ampla e esmagadora maioria na doutrina e jurisprudência - querem modificar a interpretação das tradicionais regras de controle de constitucionalidade das leis para aliviar o caótico, ineficiente e precário sistema penitenciário brasileiro. O problema, então, não era mesmo da Lei dos Crimes Hediondos, mas sim da completa falta de gestão pública nos presídios. O Poder Executivo nunca tratou com a devida seriedade a questão dos encarcerados, até porque, *preso não dá voto*, diante da suspensão de seus direitos políticos - art. 15, III da CR/88. Tampouco há políticas públicas priorizando a segurança e as mazelas do sistema prisional. Esporádica e pontualmente se tem notícias de atuações isoladas, desencadeadas, muitas vezes, pela cobrança da imprensa ante a ocorrência de um crime que gera repercussão social.

Todavia, só a crítica não basta ao operador do Direito. Compete-lhe, mais, interpretar a lei, apontando soluções para as questões controvertidas e que repercutem diretamente na sociedade. As leis tendem a acompanhar a evolução e as transformações sociais, dado o seu caráter dinâmico. O que impede a prática do crime é a certeza da punição, o julgamento rápido, contemporâneo à prática do fato, observado o devido processo legal. A Polícia há de se caracterizar pela eficiência, pela técnica de investigação, devidamente aparelhada e integrada por policiais treinados, dignamente remunerados.

Reclama-se, por isso, urgente e imediata reestruturação do sistema penitenciário brasileiro, além da correta interpretação jurídica e teleológica das leis e o aparelhamento dos órgãos de segurança pública. Somente assim a sociedade brasileira conseguirá diminuir a sensação de impunidade, que estimula o delinqüente, cada vez mais violento e audaz, enfraquecendo o sentimento que “o crime neste País compensa”.

#### 4.2.2 A retroatividade da Lei 11.464, de 29/03/2007



Marina Kattah

A Constituição da República, em seu art. 5º, inc. XLIII e XLVI, impõe aos condenados pela prática de crimes hediondos e de delitos a estes equiparados um tratamento mais rigoroso, em razão da acentuada gravidade que ostentam e do sério comprometimento que geram ao desenvolvimento de uma ordem democrática, criando, assim, um sistema de maior dureza penal. Ademais, estabelece que a lei regule a individualização da pena à luz de seus preceitos.

Ademais, estabelece que a lei regule a individualização da pena à luz de seus preceitos.

#### Marina Kattah

Técnica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Sob o enfoque da determinação constitucional, a Lei nº 8.072/1990, art. 2º, § 1º, dispunha que suas penas privativas de liberdade deveriam ser cumpridas em regime integralmente fechado, vedando-lhes, assim, a possibilidade de progressão carcerária.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* de nº 82959, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, reconheceu a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, por entender ser possível o deferimento da progressão, em favor dos condenados pela prática de crimes hediondos e de delitos a estes equiparados, preenchidos os requisitos dispostos no art. 112 da Lei de Execução Penal – utilizado como



norma subsidiária por falta de uma regra jurídica diferenciadora capaz de manter o equilíbrio do sistema penal.

Aos 29 de março de 2007, entrou em vigor a Lei nº 11.464, alteradora do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, passando a admitir, nos crimes em voga, a progressão de regime carcerário após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, pelo sentenciado primário, e de 3/5 (três quintos), pelo reincidente.

Logo, até a vigência dessa lei, a regra era a proibição da progressão de regime carcerário, no caso em comento. A não aplicação da Lei de Crimes Hediondos, segundo o entendimento jurisprudencial, dava-se apenas por razões de técnica e em privilégio à falta de previsão de critérios pertinentes a uma correta política criminal na negativa de progressão, que ora não mais se justifica em face da nova previsão legal.

É cediço que o instituto jurídico da revogação de leis ocorre quando uma lei é extirpada do mundo jurídico, em razão da vigência de outra, de hierarquia igual ou superior àquela, sendo sabido também que a hierarquia entre as leis é aferida a partir da análise do fundamento de validade de cada uma delas.

Observa-se que as Leis nº 8.072/1990 e 11.464/2007 constituem atos normativos primários, eis que possuem como fundamento imediato de validade a Constituição da República, e, por conseguinte, apresentam a mesma densidade normativa. Logo, a Lei 11.464/2007, ao alterar os preceitos legais daquela concernentes à progressão de regime, derogou-a, ao apresentar um conteúdo mais benéfico, eis que passou a permitir a progressão carcerária, rompendo com a vedação anteriormente vigente.

Trata-se, pois, da hipótese de *novatio legis in melius*, devendo ser aplicada a Lei nº 11.464/2007 imediatamente a todos processos de execução em curso relativos a delitos hediondos e a estes equiparados, em atenção ao princípio da retroatividade penal da *novatio legis in melius* ou da lei penal mais benigna.

É mister ressaltar que a decisão da Supremo Tribunal Federal supra-referida, apresenta apenas eficácia *inter partes* e é despida de eficácia revogatória, não sendo tal declaração de inconstitucionalidade um meio válido para banir a regra da vedação de progressão de regime do ordenamento jurídico. Ademais, embora haja, no segundo grau de jurisdição, o princípio da reserva de plenário, em regra, não há obrigatoriedade de aplicação da lei nos graus jurisdicionais inferiores.

O mesmo não ocorreria se o Senado Federal, por meio de Resolução, suspendesse a eficácia do art. 1º, § 2º, da Lei de Crimes Hediondos; se fosse aprovada uma súmula vinculante

nesses termos; se fosse objeto de uma ação declaratória de inconstitucionalidade julgada procedente em decisão definitiva, ou de uma declaratória de constitucionalidade julgada improcedente em decisão definitiva, ante o caráter ambivalente dessas ações constitucionais. Porém, nenhuma dessas hipóteses ocorreu.

Cumprir noticiar que, no sistema constitucional brasileiro, não vige o *stare decisis* aplicado no Direito Americano, segundo o qual as decisões de Tribunais Superiores têm força vinculativa, obrigatória às esferas jurisdicionais inferiores. No Brasil, o efeito vinculante só se aplica a situações excepcionais. Aqui a força vinculante é exceção; lá, é regra.

A discussão em tela passa, outrossim, pela concepção da proibição de insuficiência penal, ou princípio da vedação da proteção deficiente dos direitos fundamentais de proteção.

O princípio constitucional da proporcionalidade possui dupla face como resultado da vinculação estatal ao conteúdo da Constituição, ao consagrar o garantismo positivo e o negativo. Isso significa que a inconstitucionalidade pode decorrer de excesso da atuação estatal (garantismo negativo); ou de proteção insuficiente de um direito fundamental social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais para proteger determinados bens jurídicos, no caso, a paz social e a segurança pública. O sistema penal, assim, está condicionado por preceitos constitucionais que o colocam como a instância mais radical de controle, devendo ser utilizado quando imprescindível para assegurar a tutela efetiva de determinados direitos fundamentais.

Tem-se, pois, que o garantismo não desponta apenas como limite do sistema punitivo (proteção contra o Estado), mas, igualmente, como garantismo positivo, a requerer do Estado, em certos casos, a irrenunciabilidade da proteção penal. E as consequências do não-atendimento, pelo legislador, a esse conjunto de ordens emanadas da Constituição trazem nova problemática, concernentes ao controle de constitucionalidade.

Em suma, conceder a progressão de regime, nos termos da Lei nº 8.072/1990, ignorando a Lei 11.464/2007 – esta editada em estrita consonância com os preceitos constitucionais –, é o mesmo que proteger insuficientemente os bens jurídicos da segurança pública e da paz social. Os benefícios para condenados por crimes hediondos e equiparados a estes não de exigir interregno maior de cumprimento de pena, a fim de que o Direito Penal dispense a proteção necessária e eficiente à sociedade, observando os princípios constitucionais da proporcionalidade, da isonomia, da retroatividade da lei penal mais benigna e da individualização da pena.

## 4.3 VISÃO CRÍTICA SOBRE O DIREITO

### 4.3.1 A insuficiência da dogmática jurídica no direito contemporâneo

**Riany Alves de Freitas<sup>1</sup>**

Técnica do Ministério Público de Minas Gerais  
Pós-Graduada em Gestão Estratégica da Informação pela UFMG  
Acadêmica em Direito pela PUC-Minas

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Perspectivas dogmáticas e zetéticas na aplicação do Direito. 3. As fases dos princípios gerais quanto a sua juridicidade. 4. Hermenêutica filosófica do direito. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1 Introdução

A era pós-positivista na qual vivemos tem exigido o rompimento com a hegemonia dogmática estabelecida no positivismo de forma a manter a efetiva aplicação jurídica coerente com a amplitude oferecida pelos estudos zetéticos<sup>2</sup>. Esses estudos surgem de forma a acrescentar valor na perspectiva dogmática, pois esta se restringe à aplicação do que está meramente exposto no texto da lei. A realidade social precisa ser amplamente conhecida para que a justiça seja feita de forma eqüitativa e para que o mundo humano possa ser um pouco mais entendido antes que controvérsias possam ser solucionadas. Dessa forma, consegue-se maior abrangência do sistema de maneira mais valorativa e menos dogmática. Os princípios gerais do direito atualmente possuem caráter normativo porque foram constitucionalizados e demonstram valores essenciais para que o ser humano possa ter dignidade, ressaltando a sua ampla importância na atuação do direito. De acordo com a definição de princípios de Reale (2003, p. 304):

Os princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.

Conforme esse autor, a maioria dos princípios gerais do direito não consta de regras, mas serve de modelos doutrinários ou dogmáticos fundamentais. Abre-se um leque de preceitos fundamentais incluindo valores humanitários e sociais. O caráter normativo dos princípios gerais é imprescindível, pois os princípios são a base valorativa que inspira todo o sistema. De acordo com Bonavides (2002, p. 231), “Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.

Apesar desses meios (princípios gerais e enfoque zetético) estarem presentes, ainda a dogmática mostra-se intensa na aplicabilidade atual fazendo com que os interesses dos mais fortes continuem sendo prevalentes. O Direito pode, então, ater-se à dogmática e deixar sua aplicação desprovida de estudos zetéticos? Pode o Judiciário agir somente em consideração das soluções baseadas em diretivas, que tornam o Direito mais rápido e objetivo, como proposto pela dogmática jurídica? Ora, se isso fosse viável, poder-se-ia apenas criar máquinas tecnológicas programadas. Elas seriam capazes de solucionar os mais diversos e complicados problemas, pelo simples fato de serem diretivas e fechadas a críticas, conforme o enfoque dogmático estabelece.

Conforme exposto por Bonavides (2002), a ciência dogmática cumpre funções típicas de uma tecnologia. Entende-se aqui a dogmática como um pensamento fechado à análise dos problemas particulares. Dessa forma, ao contrário da forma tópica de argumentação, que analisa as situações em torno do problema, a dogmática atém-se ao modo não-problemático para as soluções dos conflitos previamente definidos na lei. A abrangência foi dada, pois, na demonstração da importância do enfoque zetético e do caráter normativo dos princípios gerais no contexto jurídico brasileiro e, também, o enfoque dogmático por si só contribui pouco para tornar a realidade social mais justa e igualitária.

### 2 Perspectivas dogmáticas e zetéticas na aplicação do Direito

Cada um com sua particularidade, ambos os enfoques, zetético e dogmático, são admitidos no fenômeno jurídico e são

utilizados para se chegar a uma verdade na solução dos problemas. Pode-se aqui constatar a diferença básica entre eles. O enfoque zetético, de acordo com Ferraz Junior (1994, p. 43), “[...] tem como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política etc.”. Assim, a zetética preocupa-se em estudar o mundo em seus diferentes aspectos e esferas. Esse enfoque, porém, não se preocupa em dar soluções para os problemas da sociedade, pois não é considerado um reformador social. A zetética é responsável por estudar as diferentes áreas, a fim de demonstrar a amplitude dos aspectos envolvidos na realidade humana. O resultado das investigações serve de embasamento teórico para as futuras soluções dos problemas jurídicos. A zetética, dessa forma, torna-se ótima parceira da dogmática, sendo complementar e auxiliar no desenvolvimento dos raciocínios jurídicos, além de não permitir que o jurista se fixe no saber puramente dogmático.

A partir do desenvolvimento de diferentes esferas de atividades que o homem desenvolve, surge a necessidade do relacionamento entre elas. O indivíduo passa a fazer parte da sociedade, da economia, da religião e assim por diante. O Direito, por sua vez, exige o estudo humano e social em suas diferentes perspectivas, para que se tenha compreensão plena da realidade e nunca se desvincule dela.

O enfoque dogmático, por outro lado, de acordo com Reale (2003, p. 40) “[...] está preocupado com um problema de ação, de como agir”. De acordo com o autor, o enfoque dogmático é fechado às críticas, aborda questões de forma diretiva e finita no que diz respeito à solução de problemas jurídicos. O enfoque dogmático se preocupa, portanto, com o *dever ser*, ou seja, quer possibilitar uma decisão e orientar a ação na solução de tais problemas. Como exposto por Arnaud (2000, p. 15), “O seu papel é, portanto, o de interpretar o direito em vigor, a fim de permitir sua completa aplicação, ao mesmo tempo em que constrói um sistema conceitual o mais coerente e completo possível”. Dessa forma, o jurista dogmático não se preocupa em considerar os valores presentes nas relações humanas e sim com o que está prescrito nas normas vigentes. De acordo com Reale (2003, p. 322), a dogmática jurídica é a ciência do Direito enquanto estudo e aplicação do conteúdo sistemático das normas:

Dogmática Jurídica corresponde ao momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico.

A dogmática jurídica desprovida de conhecimentos amplos da humanidade se restringe à aplicação das leis, que não reflete a complexidade da realidade humana. Portanto, enquanto a zetética se preocupa com a ordem teórica no estudo dos fenômenos jurídicos, a dogmática se preocupa com os aspectos práticos. Assim, a dogmática e a zetética compõem o conjunto do que é necessário para fazer valerem os princípios gerais do Direito, tendo o caráter multidisciplinar presente na prática jurídica racional e humanizada.

### 3 As fases dos princípios gerais quanto a sua juridicidade

Assim como as demais ciências, o Direito encontra-se em constante evolução. De acordo com Bonavides (2002), podemos situar os princípios jurídicos em três fases distintas: naturalista, positivista e pós-positivista. Na primeira, os princípios possuíam

um caráter normativo quase inexistente. Os princípios, dotados de ética e valor se encontravam apenas no âmbito das idéias, definidas através da reta razão e submetidos fortemente às leis divinas e naturais. Devido à supremacia cristã e ao absolutismo, ideais de liberdade e justiça começaram a vigorar, porém independentemente de leis escritas.

Posteriormente, sentiu-se a necessidade de um Direito claro, simples e conciso, indo ao encontro dos interesses da burguesia. Nessa fase positivista, inicia-se a inserção dos princípios no código de forma secundária, possuindo caráter normativo fraco. Bonavides (2002) considera essa fase como a da teorização dos princípios, caracterizada pela codificação das leis. O juiz tem uma postura dogmática e julga todos os casos abstratamente, levando em consideração apenas o quadro fechado de normas disponíveis, sem fazer juízos de valor e sem considerar os casos em seu cunho particular e unívoco.

Na terceira, prevalece a valoração e o caráter normativo dos princípios, sendo estes um “[...] pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2002, p. 237). Presume-se que o juiz age racionalmente, considerando cada caso isolado e suas particularidades, além de reconhecer todos os aspectos que o circundam. Aqui, importantes autores como Viehweg (1979), Perelman (2002), Dworkin (2001) e Alexy (2001) criticam o formalismo da fase positivista, enfatizam a aplicação prioritária dos princípios e das teorias argumentativas, tópicas e retóricas, as quais flexibilizam a realidade jurídica e enfraquecem o caráter estritamente dogmático. Conforme exposto por Cittadino (2000, p. 46), surge a ética no ordenamento: “O fundamento ético do ordenamento jurídico se revela, precisamente, no momento em que a Constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores”. Seguindo essa linha de pensamento, a autora estabelece que “A dimensão axiológica supera, portanto, a dimensão deontológica, pois o conceito de *bom* tem primazia sobre o de *dever ser*, na medida em que os princípios expressam os ‘valores fundamentais’ da comunidade”.

O estudo zetético é presente nesse contexto, de forma que as escolas passam a ensinar outras formas de pensar o Direito. Assim, a aprendizagem jurídica se torna mais *intonizada* com outras disciplinas fortemente relacionadas com a realidade social. De acordo com Ross (2000, p. 43), a ciência do direito torna-se insatisfatória, caso não sejam consideradas as realidades sociais:

O juiz não é motivado exclusivamente pelas normas jurídicas; também o é pelos fins sociais e pelo discernimento teórico das conexões sociais relevantes ao atingir aqueles fins. Por esta razão, tem-se exigido da ciência do direito, em especial modernamente, que dirija sua atenção para as realidades da vida social.

Portanto, a dogmática jurídica se faz suficiente somente para os positivistas. Para eles, o que prevalece é a fidelidade ao texto da lei, sendo essa concepção, por si só, sistemática o bastante para manter sua completude. Os jusnaturalistas negam suficiência à dogmática, porque se preocupam com a justiça e com o direito natural. A fase pós-positivista, diante do caráter normativo dos princípios gerais e de estudos amplos em áreas afins ao Direito, demonstrou também a insuficiência da dogmática, agregando valores em seu conteúdo e, acima de tudo, fazendo com que as *grades legais* sejam abertas a novas perspectivas e às ciências afins.

#### 4 Hermenêutica filosófica do direito

Assim como o homem, o Direito evolui, e possui suas particularidades a cada geração. Seus métodos de interpretação são aprimorados, de acordo com a época na qual estão inseridos. Na contemporaneidade, encontram-se bastante enriquecidos, conforme ampla, porém insuficiente, dedicação à justiça distributiva, democracia, igualdade substancial, entre outras preocupações. Mendes, Coelho e Branco (2002) afirmam que a interpretação jurídica é um pensamento que apenas se iniciou e que, por sua natureza, não impõe limites para novas leituras, próprio das coisas do espírito, e nem por isso invalidam as interpretações anteriores. Como parte dessa evolução, existe a necessidade de se concretizarem as situações, de se analisarem os valores de forma particular. Mendes, Coelho e Branco (2002) afirmam ainda que, sem a transformação do abstrato em concreto e do geral em particular, o texto normativo nada dirá àquele que pretende compreendê-lo. Pois bem, foram vistas até aqui algumas evoluções pelas quais o Direito passou. Como caráter filosófico do Direito, percebemos sua importância na elaboração de críticas sobre as outras ciências. Para Reale (1972, p. 30),

A Filosofia apresenta-se, pois, como o exame crítico das condições de certeza das próprias ciências: das ciências, em sua universalidade, como produtos do espírito, o que constitui a precípua razão de ser da Gnoseologia, ou mais genericamente da Ontognoseologia, bem como das ciências nos distintos campos particulares em que se desenvolvem as suas estruturas e linguagem, tal como é estudado pela Lógica.

Assim, o conhecimento ontológico deve ser abarcado por quaisquer estudos jurídicos na contemporaneidade. De acordo com Gontijo (1997, p. 31), “O estudo científico do direito tem um requisito básico: o conhecimento ontológico já que a simples teleologia jurídica não satisfaz o grau indispensável de reflexão e de interrelacionamento com as demais áreas da percepção humana”. Para ele, a titularidade de direitos é assegurada pela elaboração filosófica da legitimidade jurídica:

Ao constituir-se a legitimidade valor emergente do consenso livre de uma sociedade legalmente organizada para garantir o tratamento igualitário de seus componentes, indispensável é a sua elaboração filosófica a fim de assegurar à pessoa humana a plena titularidade de direitos (GONTIJO, 1997, p. 51).

Como garantia de um direito multi-angulado, é essencial o entendimento do homem enquanto *Ser*, e suas relações com o mundo o qual proporciona seus meios de subsistência e convivência em sociedade.

#### 5 Conclusão

Mesmo diante das evoluções pelas quais o Direito passou, a realidade social ainda é um tanto problemática. Manter um sistema perfeito é uma tarefa impossível diante da complexidade da sociedade contemporânea, movida por interesses predominantemente individuais e pela própria constatação de não ser atingível o sistema ideal, na concepção de Wilburg, citado por Larenz (1997, p. 680).

Em pleno século XXI, o fenômeno da globalização proporciona a quebra de barreiras, distâncias e o rápido crescimento da velocidade de comunicação e interrelacionamento entre pessoas de numerosas nações dispostas pelo planeta. No entanto, a alta capacidade de evolução, de implantação de novas tecnologias e a comunicação rápida entre pessoas distantes geograficamente têm causado sérios impactos no ambiente como um todo. Pes-

soas passam a ser substituídas por máquinas, ocasionando alto índice de desemprego e certamente aumentando os conflitos e suas complexidades de solução. Multinacionais estabelecem-se em países onde a tributação é baixa e a mão-de-obra é barata, fazendo de seus poucos empregados veículos que proporcionam especificamente o lucro a seus superiores.

O mundo humano, diante de sua complexidade, não é uma máquina. Justamente pelas características complexas dos seres humanos é que se faz necessário o direito positivo, para estabelecer uma certa segurança jurídica e evitar arbitrariedades. Porém, essa positividade não deve ser desprovida de valores, e sua interpretação de multidisciplinaridade. A partir dessa idéia, constata-se que qualquer estudo referente às realidades sociais não pode restringir a si mesmo. A amplitude dos estudos se dá na medida em que tal complexidade se estabelece.

Assim, tanto a zetética como a dogmática e os princípios

gerais possuem diferentes fases e desenvolvem-se com o tempo, na tentativa de se modificar a realidade na qual estão inseridos. Valores intrínsecos à pessoa humana tornam-se temas discutidos em todas as vertentes. Valores que não podem ser perdidos de foco, pois garantem a sensibilização no contexto jurídico atual. Nesse cenário, faz-se necessária, além dos aspectos apresentados, uma maior política distributiva, participativa e comunitária, visando a um melhor desenvolvimento da sociedade, principalmente da maioria oprimida e menos privilegiada. A solidariedade também é fator crucial e deve ser praticada entre todas as nações.

Pode-se perceber, portanto, que o enfoque dogmático na aplicação do direito é carente da percepção de um contexto mais amplo e atém-se na solução prática dos problemas jurídicos. Por isso, a dogmática jurídica carece de complemento e não pode sozinha suportar as necessidades humanas de um Direito amplo, profundo, realista e justo.

## 6 Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson. São Paulo: Landy, 2001.
- ARNAUD, André-Jean et al. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GONTIJO, Naylor Salles. *Estudos de antropologia jurídica*. Varginha: Alessandro Comércio de Livros, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução: José Lamengo. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

## Notas

<sup>1</sup> Agradeço às pessoas que contribuíram para a realização e revisão deste trabalho: Meu marido, Ivan Dornela Goulart, a Procuradora de Justiça Gisela Potério Santos Saldanha e o Professor Lucas Gontijo.

<sup>2</sup> O termo *zetética* é explicado por Ferraz Junior (1994): vem de *zetein*, que significa *perquirir*. De acordo com o autor, o enfoque *zetético* desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida.

## 4.4 COMPETÊNCIA NA JUSTIÇA MILITAR

### 4.4.1 Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual

#### 1. Introdução

Entre as diversas instituições do Processo Penal, o Tribunal do Júri é a que sofreu as maiores transformações ao longo dos anos. Desde os seus primeiros julgados, o Tribunal Popular foi alvo de críticas que concentram atenções sobre as questões relativas à representatividade dos jurados e sua capacidade para decidir questões consideradas juridicamente complexas. A justiça das decisões é o ponto de maior destaque nos debates. Casos concretos em que se verifica a absolvição de culpados e outros em que inocentes são condenados alimentam as discussões. Contudo,

protegidos pela soberania dos veredictos e pelo juízo íntimo de convicção, o Tribunal do Júri segue cumprindo a sua missão.

No Brasil, o Tribunal do Júri foi criado em 1822 com competência para julgar apenas os crimes *de opinião* ou *de imprensa*. Com a nossa primeira Constituição, em 1824, o Tribunal do Júri passou a julgar um número maior de crimes. Passando por várias reformulações, o Tribunal chegou a ser dirigido pela polícia, posteriormente retornando à órbita do Poder Judiciário. A Constituição de 1934 deixou de tratar do Júri no capítulo dos *Direitos e Garantias Individuais*, passando a inseri-lo no contexto

**Fernando A. N. Galvão da Rocha**

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG  
Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar-MG

de previsão para o Poder Judiciário. A Constituição de 1937 não mencionou o Tribunal do Júri. Com a Constituição de 1946 o Júri volta ao capítulo dos *Direitos e Garantias Individuais*, com competência específica para julgar os crimes dolosos contra a vida. Tal competência foi mantida pela Constituição de 1967 e pela emenda de 1969, a qual, entretanto, não preservou a soberania dos veredictos. Com a Constituição de 1988, o Tribunal do Júri se consolida como garantia fundamental, assegurada a sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida – art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, recuperando a sua soberania.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 renovou a polêmica em torno do Júri, agora com a previsão de sua competência para o julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida cometidos contra civis.

## 2. Incompetência da justiça comum para julgar crimes militares

Como reação ao aumento da incidência de crimes praticados por policiais militares contra civis, no exercício das funções de policiamento, a Lei 9.299/96 introduziu alterações no art. 9º do Código Penal Militar e art. 82 do Código de Processo Penal Militar para deslocar o julgamento dos crimes dolosos contra a vida para a justiça comum.

Com a entrada em vigor da referida lei, o art. 9º do Código Penal Militar passou a ter um parágrafo único com a seguinte redação:

Art. 9º - Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:  
[...]  
Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão de competência da justiça comum.

O §2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar, por sua vez, passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 82 - O foro militar é especial e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a eles estão sujeitos, em tempo de paz:  
[...]  
§ 2º - Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

A alteração da competência para o julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida introduzida pela Lei 9.299/96 violou frontalmente a previsão constitucional então existente para a competência da Justiça Militar.

No momento em que entrou em vigor a Lei 9.299/96, a Constituição Federal previa a competência da Justiça Militar Federal em seu art. 124 que dispunha o seguinte: “Art. 124 - À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”.

Na mesma ocasião, a carta magna dispunha sobre a competência da Justiça Militar Estadual no § 4º de seu art. 125, que possuía a seguinte redação:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.  
[...]  
§ 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

A análise das disposições constitucionais permite concluir que a competência da Justiça Militar somente poderia ter sido modificada em decorrência de Emenda Constitucional que atribuísse à Justiça Comum o julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida ou de lei ordinária que alterasse a definição de crime militar, para excluir os crimes dolosos contra a vida de civis.

A lei ordinária poderia alterar a definição de crime militar, mas não o fez. A alteração introduzida no art. 9º do CPM não afastou a incidência do tipo penal previsto no art. 205 do CPM, quando o *homicídio* for praticado contra civil, e o crime continua sendo de natureza militar.

É de se lamentar o manifesto equívoco do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a Lei nº 9.299/96 retirou a natureza de crime militar do homicídio praticado contra civil (*Habeas Corpus* nº 34.453-MG – 2004/0040159-1). A natureza de crime militar que é conferido ao crime previsto no art. 205 do CPM não guarda qualquer relação com a situação funcional da vítima. Não há qualquer razão jurídica que possa retirar a natureza de crime militar quando o homicídio for praticado contra civil.

A Lei nº 9.299/96 explicitamente pretendeu alterar a regra de competência para que o crime militar de homicídio fosse julgado pela Justiça Comum. Tal pretensão é manifestamente inconstitucional, uma vez que a competência da Justiça Militar é definida na Constituição Federal e não pode ser alterada por lei ordinária. Nesse sentido, o Superior Tribunal Militar, no Recurso Criminal nº 6.348-5 PE, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei 9.299/96, no que se refere ao julgamento do crime militar pela Justiça Comum.

Vale observar que a inconstitucionalidade da Lei 9.299/96 foi observada na própria Casa Legislativa, que procurou corrigir o erro com o Projeto de Lei nº 2.314/96 com a alteração do conceito de crime militar. Na exposição de motivos do referido projeto ficou registrado:

[...]  
7. Assim, o projeto de lei que ora encaminho a Vossa Excelência, em suma, corrigir os defeitos evidentes da Lei nº 9.299, de 1996, os quais passarei de maneira breve a apontar.  
8. O teor do parágrafo único acrescido ao art. 9º do Código Penal Militar causa espécie ao leitor. Por essa norma, compete à Justiça Comum o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militar, delito esse militar, já que se insere esse parágrafo no bojo de artigo que assim considera determinadas condutas.  
9. Ora, a Constituição Federal é de clareza cristalina: compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, nos termos de seu art. 124.  
10. Como admitir-se, então, a nova lei, se a inconstitucionalidade é um vício insanável?  
11. Ter-se-á que se socorrer o intérprete de regras de hermenêutica para afastar o vício. E encontrará o fato de ser permitido à lei ordinária proceder à conceituação de crime militar, tendo sido suficiente, pois, que, para atingir, com acerto o seu desiderato, o legislador excluísse os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar do conceito de crime militar, sem qualquer referência à Justiça Comum porque a ela passará automaticamente a competência do processo e julgamento do crime que não mais integra o conceito de crime militar.  
[...]

Em decorrência de circunstâncias inerentes ao complexo processo legislativo, o Projeto de Lei nº 2.314/96 foi arquivado e

o conceito de crime militar não foi alterado. Sem que se produza alteração no conceito de crime militar, a regra de competência da Justiça Comum proposta pela Lei n° 9.299/96 não poderá ser observada tendo em vista a sua evidente inconstitucionalidade. Mas, a iniciativa do referido Projeto de Lei demonstra a evidente erronia da intervenção legislativa que alterou o parágrafo único do art. 9º do CPM.

Não há, portanto, qualquer fundamentação juridicamente válida que ampare o entendimento de que houve a descaracterização do homicídio praticado contra civil como crime militar. Na essência, o crime de homicídio praticado contra civil não difere do que é praticado contra militar. A natureza de crime militar não está relacionada a qualquer peculiaridade da vítima, mas ao contexto de atuação do policial militar.

### 3. Previsão constitucional para a instituição do Tribunal do Júri

A Emenda Constitucional n° 45, de 08 de dezembro de 2004, conhecida como a *reforma do Poder Judiciário*, produziu importante modificação na estrutura dos órgãos da Justiça Militar. Preservando integralmente a disposição relativa à competência da Justiça Militar Federal, ampliou a competência da Justiça Militar Estadual. Houve significativa alteração nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 124 da Constituição Federal, que passaram a ter a seguinte redação:

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[ ... ]

§ 3º. A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juizes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.”

Pelo que se pode facilmente constatar, não houve qualquer alteração das regras de competência no que diz respeito ao julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida. Pode-se até dizer que a Emenda Constitucional reafirmou a opção política de preservar a competência da Justiça Militar da União e dos Estados para julgar os crimes militares. A Emenda Constitucional também não produziu alteração na definição dos crimes militares: em qualquer hipótese, seja o crime praticado contra civil ou militar, o tipo penal previsto no art. 205 do Código Penal Militar continua sendo de natureza militar.

A nova redação que a Emenda conferiu aos parágrafos do art. 125 determinou mudança apenas na estrutura e funcionamento dos órgãos jurisdicionais da Justiça Militar. Sem prever qualquer exceção à competência da Justiça Castrense, os referidos parágrafos distribuem-na por seus diversos órgãos jurisdicionais. O juiz de direito do juízo militar passou a ser o único competente para o julgamento dos crimes militares cometidos contra civis, sendo

nestes casos afastada a competência do Conselho de Justiça. No entanto, a Constituição fez uma ressalva para preservar a instituição do júri. Quando o crime militar for contra a vida de civis, o juiz de direito do juízo militar não poderá julgar singularmente, mas sim constituir, sob sua presidência, o Tribunal do Júri.

Ao preservar a competência do Tribunal do Júri, quando a vítima for civil, a Constituição Federal não estabeleceu uma nova Justiça especializada: uma *justiça do júri*. O Tribunal do Júri não materializa nenhuma Justiça especializada, mas apenas um órgão jurisdicional que compõe a organização judiciária da justiça competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A única conclusão a que se pode chegar é que a Emenda Constitucional determinou que se instituisse o Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual, que é a competente para o julgamento dos crimes militares praticados por militares estaduais. Fica muito claro que a finalidade da ressalva foi impedir expressamente que o juiz de direito do juízo militar julgue singularmente os crimes militares dolosos contra a vida cometidos contra civil. Conforme a norma do § 5º do art. 125 da CF/88, a regra geral é que o juiz de direito do juízo militar julgue singularmente os crimes cometidos contra civil. O dispositivo anterior (§ 4º) excepciona essa regra para preservar a garantia fundamental do Tribunal do Júri.

Com a nova redação dos §§ 4º e 5º do art. 125 da CF/88, a inconstitucionalidade da nova redação do parágrafo único do art. 9º do CPM e do art. 82, § 2º, do CPPM, ficou ainda mais evidente. Não é juridicamente possível que a Justiça Comum julgue crimes militares, porque tais crimes são da competência da Justiça Militar por expressa previsão constitucional.

Não seria mesmo razoável que a Constituição Federal concedesse à Justiça Comum competência para o julgamento de apenas alguns crimes militares, quebrando a harmonia e o tratamento uniforme da competência em razão da matéria que justificam a instituição das justíças especializadas. Muitos seriam os problemas advindos de uma infeliz repartição de competência. Veja-se, por exemplo, a hipótese de desclassificação do crime doloso para o culposo no plenário do Tribunal do Júri. Tal desclassificação importaria em reconhecimento de incompetência da Justiça Comum para o julgamento do crime militar culposo praticado contra civil. Por outro lado, se à Justiça Comum fosse concedida a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida do civil, que razão justificaria a preservação da competência da Justiça Militar para o julgamento de outros crimes militares graves igualmente praticados contra civis, como por exemplo o latrocínio? Essas singelas reflexões permitem perceber que a pretendida repartição da competência viola a harmonia do sistema normativo e coloca em xeque a sua racionalidade.

Com acerto, a Emenda Constitucional preserva a competência da Justiça Militar para o julgamento de todos os crimes militares, dolosos ou culposos, contra vítimas civis ou militares.

### 4. Conclusão

De todo o exposto, pode-se concluir que a Emenda Constitucional n° 45 determinou alteração na Organização Judiciária dos Estados para instituir o Tribunal do Júri na Justiça Militar.

No desenvolvimento dos trabalhos do Tribunal do Júri, o juiz de direito assume a presidência e o julgamento de mérito da pretensão punitiva deve se dar por Conselho de Sentença integrado por cidadãos escolhidos conforme as regras do Código de Processo Penal comum, aplicável ao caso por previsão do art.

3º, alínea *a* do CPPM.

A instituição do Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual não constitui nenhuma excepcionalidade, porquanto esse órgão jurisdicional não é privativo da Justiça Comum Estadual e também

existe na Justiça Comum Federal.

Os julgamentos de crimes militares por Tribunal do Júri constituído na Justiça Comum estadual são nulos, tendo em vista a incompetência absoluta do órgão jurisdicional em razão da matéria.

## 4.5 NOVA LEI DE DROGAS EM DEBATE-II

### 4.5.1 Associação ocasional (artigo 18, III, da Lei nº. 6.368/76)

**Eloísa de Souza Arruda**  
Procuradora de Justiça - MPSP

**César Dario Mariano da Silva**  
Promotor de Justiça - MP SP

Com o advento da nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) uma questão interessante está sendo levantada no mundo jurídico: a causa de aumento de pena da associação ocasional que era prevista no artigo 18, III, da Lei nº. 6.368/76 ainda pode ser aplicada aos fatos ocorridos sob a égide desta última?

Antes de adentrar o tema é necessário fazer uma análise do artigo 35, *caput*, da atual Lei de Drogas, que era tipificado de maneira semelhante no artigo 14 da revogada Lei Antitóxicos.

A conduta típica consiste em associarem-se duas ou mais pessoas com o objetivo de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Drogas.

O verbo “associarem-se” significa a reunião com vínculo estável e permanente (tempo indeterminado), no caso, de duas ou mais pessoas. Como já ocorria no regime anterior, há necessidade de vínculo psicológico para a prática dos delitos por tempo indeterminado. Faltando esse elemento, o crime não estará caracterizado.

A expressão “reiteradamente” significa repetidamente, ou seja, com continuidade. Na associação para o tráfico pode existir, ou não, o propósito de praticar os delitos (artigos 33, *caput*, § 1º ou 34) reiteradamente. No entanto, não há necessidade de que os crimes sejam cometidos, mas que a associação se dê com esse propósito.

Com efeito, são elementos desse crime:

- 1) reunião de duas ou mais pessoas;
- 2) vínculo psicológico para o tráfico de drogas (artigos 33, *caput*, § 1º, ou 34) por tempo indeterminado.

Como ocorria na legislação anterior (artigo 14), não basta simplesmente o dolo de agir em concurso para a prática de tráfico de drogas, mas a especial intenção associativa de forma estável por tempo indeterminado. Assim, não configura esse delito a associação ocasional para o tráfico de drogas, mesmo que um ou mais crimes sejam cometidos, mas sem o *animus* associativo. Se na traficância houver o envolvimento de duas ou mais pessoas, mas sem o vínculo associativo, ocorrerá mero concurso de agentes.

O crime de associação para o tráfico, do mesmo modo que

o de quadrilha ou bando, é autônomo em relação aos demais delitos praticados. Dessa forma, havendo o cometimento dos crimes para o qual houve a associação, ocorrerá concurso material de delitos, haja vista nova violação à objetividade jurídica.

Como já visto, o delito em questão exige vínculo psicológico para o tráfico de drogas (artigos 33, *caput*, § 1º, ou 34) por tempo indeterminado. A reunião ocasional e esporádica, sem o vínculo associativo, não o enseja. Pela Lei nº. 6.368/76, havendo a mera associação ocasional, justificava a aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 18, III. No entanto, a lei nova não mais contempla essa majorante, ocorrendo o fenômeno da *novatio legis in melius*.

Surge, portanto, a seguinte indagação: é possível aplicar o artigo 383 do Código de Processo Penal e reconhecer o crime autônomo (artigo 14) hoje previsto no artigo 35, *caput*, da Lei nº. 11.343/06 para aquela pessoa que está sendo processada ou já foi condenada em primeiro grau por tráfico de drogas com a majorante da associação ocasional?

Poder-se-ia argumentar que, como a associação está descrita na denúncia, o Magistrado estaria autorizado a condenar o agente por tráfico de drogas em concurso com a associação para o tráfico de drogas (artigo 14, da Lei nº. 6.368/76).

Não nos parece correto esse entendimento. É certo que o Juiz analisa os fatos descritos na inicial acusatória e não a classificação jurídica a eles dada. Isso porque o acusado se defende da conduta a ele imputada e não da tipificação legal. O Juiz, por força do artigo 383 do Código de Processo Penal, poderá dar ao fato definição jurídica diversa da capitulada na denúncia, mesmo que tenha de aplicar pena mais grave.

Contudo, o réu foi acusado de delito com uma causa de aumento de pena. Não houve imputação de dois crimes, mas de apenas um agravado. Assim, haveria violação do contraditório e da ampla defesa caso fosse o réu condenado por uma infração da qual não foi formalmente acusado.

E se não bastasse esse argumento, quando há imputação da causa de aumento de pena e não do crime de associação para o tráfico de drogas, é porque o representante do Ministério Público entendeu não estar presente o vínculo psicológico para o tráfico

por tempo indeterminado, ou seja, que ocorreu apenas uma associação ocasional, que se confunde com o concurso de pessoas.

Com efeito, o acusado não se defendeu do crime de associação para o tráfico, mas da imputação de delito com uma causa de aumento de pena, que não possui os mesmos requisitos do crime autônomo, que era previsto no artigo 14 da revogada Lei de Tóxicos e no artigo 35 da atual. Inadmissível, desse modo, que, utilizando-se da chamada *emendatio libelli*, o juiz termine condenando o réu por um fato do qual não foi denunciado.

E nem seria o caso de aplicação do disposto no artigo 384, parágrafo único do Código de Processo Penal, utilizável quando o mesmo fato ganha contornos jurídicos mais graves do que aqueles constantes da inicial acusatória. Surgindo circunstância elementar capaz de alterar a modalidade delituosa, a fim de que se cumpra o princípio da correlação entre a imputação e a sentença, o Ministério Público é chamado a aditar a denúncia e a defesa a produzir provas se quiser. Mas aqui estamos falando de um mesmo fato que, por força de novas circunstâncias surgidas no curso da instrução e até então desconhecidas, tornou-se mais grave, podendo resultar para o réu uma condenação mais severa do que a inicialmente pretendida pelo acusador. Inviável, todavia, se proceda *mutatio libelli* objetivando condenar o réu pela conduta dos artigos 12 ou 13 e também do art. 14 da revogada Lei de Tóxicos, pois, desse último crime, o réu nem ao menos foi acusado.

Estando o processo em grau de recurso, maiores as restrições, haja vista não ser viável o aditamento da denúncia e a aplicação do artigo 384 do Código de Processo Penal em segundo grau (Súmula 453 do STF).

É outra a solução, caso tenha sido ofertada denúncia com

base na revogada Lei 6368/76, imputando a alguém a conduta prevista nos artigos 12 ou 13 com a causa de aumento de pena do artigo 18, III, e surjam, no curso da instrução, indicativos de que os agentes mantinham especial intenção associativa de forma estável por tempo indeterminado para a prática de tráfico de drogas. Nessa hipótese, a denúncia poderá ser aditada para inclusão do crime do qual agora se apurou indício. Dependendo do andamento da ação penal original, nada obsta que, aplicada a regra do artigo 80 do Código de Processo Penal, proceda-se à separação dos processos, passando a tramitar contra o réu ou os réus, duas ações penais, uma pela acusação de tráfico e outra pela acusação de associação para o tráfico. É importante salientar que, a fim de evitar dupla valoração (*bis in idem*), havendo aditamento da denúncia para inclusão do artigo 14 da revogada Lei de Tóxicos, por fato ocorrido durante sua vigência, deverá ser afastada a causa de aumento de pena da associação ocasional (artigo 18, III).

No caso de ação penal na qual o Promotor de Justiça ofereceu denúncia imputando ao agente as condutas dos artigos 12 ou 13 e 14 da Lei 6368/76, tendo sido proferida sentença condenatória afastando esta última figura, mas reconhecendo a causa de aumento do artigo 18, III da Lei 6368/76, ainda é possível que o acusado reste condenado pela acusação inicial. Se houve recurso do Ministério Público se insurgindo contra a desclassificação, nada impede que o Tribunal, no julgamento da apelação, reconheça sua procedência, condenando o apelado pelas condutas descritas na inicial acusatória. Mas, se o recurso é exclusivo da defesa, não restará ao Tribunal outra solução que não seja afastar a figura do artigo 18, III da Lei 6368/76, mesmo no caso de julgar improcedente o apelo. Como a nova lei não mais contempla a figura da associação ocasional para o tráfico de drogas, essa deverá ser afastada da condenação, com a conseqüente redução da pena.

## 4.6 QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE O DIREITO REGISTRAL E NOTARIAL

### 4.6.1 A possibilidade da lavratura da escritura de compra e venda e o posterior registro de imóvel indivisível sem a necessidade de anuência dos condôminos

**Alexandre Artur Mendes Soares**

*Advogado em Minas Gerais*



Alexandre A. Mendes

Inicialmente, há que se distinguir duas situações: na primeira, o bem imóvel vendido é parte certa de coisa indivisível e na segunda, o que é alienado é parte ideal de coisa indivisível.

Na primeira hipótese, não é possível nem ao tabelião lavrar a escritura pública nem ao oficial registrar o imóvel, sem que seja extinto o condomínio ou que seja transacionado, com a anuência de todos os co-proprietários, pois é da essência do instituto do condomínio a inexistência de parte certa em coisa indivisível, conforme acórdão mencionado por Maria Helena Diniz:

RT, 572:93 – Os titulares da Transcrição n. 4.813, do 2º Cartório de Registro de Imóveis, não podem alienar partes determinadas sem proceder à prévia extinção do condomínio ou transacionar com a anuência de todos os co-proprietários.

Sobre o assunto já se manifestou este Conselho Superior da Magistratura ao decidir caso análogo ao dos autos, nos seguintes termos: “Não há possibilidade de transcrição de título de venda de parte certa de imóvel indiviso. O condômino que tem apenas parte ideal de um imóvel não pode vender parte determinada sem que antes se extinga a comunhão existente”. (ac. un. do CSMSP, AgP 234.714, RF, 247:162). (MARIA HELENA DINIZ, 2007, página 318)

Em relação à venda de parte ideal, em condomínio indivisível, por condômino a não condômino, sem a ciência de todos os co-proprietários, temos as regras previstas no artigo 504, *caput* e parágrafo único, que serão objeto de análise detida a seguir.



Num primeiro giro, é importante notar que o estudo do negócio jurídico deve ser feito à luz de três planos (dimensões): existência, validade e eficácia, conforme doutrina de Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado (2001). Por sua vez, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem importante reflexão a respeito desses planos:

- a) plano de existência, relativo ao ser, isto é, à sua estruturação, de acordo com a presença de elementos básicos, fundamentais, para que possa ser admitido, considerado;
- b) plano de validade, dizendo respeito à aptidão do negócio frente ao ordenamento jurídico para produzir efeitos concretos;
- c) plano de eficácia, tendo pertinência com a sua capacidade de produzir, desde logo, efeitos jurídicos ou ficar submetido a determinados elementos acidentais, que podem conter ou liberar tal eficácia. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, página 438, 2007)

Somente estando presentes os requisitos dos três planos o negócio jurídico será existente, válido, eficaz e produzirá todos os efeitos regulares. Dessa forma, analisaremos se todos os planos do negócio jurídico são atendidos ou se são afetados pela venda de parte ideal de bem imóvel, sem a anuência de todos os co-proprietários e para saber qual efeito terá sobre o negócio jurídico, ou seja, se será o caso de inexistência, nulidade ou ineficácia.

O artigo 504, do Código Civil, não se refere ao plano da existência, pois estão presentes os pressupostos de existência do negócio jurídico, citados por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: a) agente; b) objeto c) forma; d) *vontade exteriorizada consciente*. (2007, p.442).

O primeiro pressuposto de existência é o agente que no caso em estudo é o condômino que vende sua parte na coisa indivisível e, de outro lado, quem compra. O segundo pressuposto é o objeto do negócio jurídico que é a alienação da parte ideal do imóvel. Outro pressuposto de existência é a forma escrita. E, finalmente, as vontades declaradas, sendo uma no sentido de vender e outra no sentido de comprar a parte ideal do imóvel.

O artigo 504, do Código Civil (BRASIL, 2007, página 290), também não afeta o plano da validade visto que no negócio jurídico de venda e compra de parte ideal de coisa indivisível estão presentes os requisitos de validade previstos no artigo 104, do Código Civil (BRASIL, 2007, página 245), a saber: "I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei". O plano de validade comporta duas espécies: nulidade e anulabilidade.

A anulabilidade se refere à proteção do consentimento nos casos de dolo, coação, lesão, erro, estado de perigo ou incapacidade relativa do agente (artigo 171, do Código Civil), não tendo relação com o artigo 504, do Código Civil.

Poder-se-ia cogitar das hipóteses previstas no artigo 166, incisos I, II e VII, do Código Civil, porém não é o caso, pois o objeto é lícito, possível e determinado: compra e venda de parte ideal de imóvel. Não foi preterida nenhuma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade, pois, segundo o artigo 504, do Código Civil, depois de 180 dias há decadência do direito de preferência do condômino preterido, sendo que o ato nulo não convalesce com o tempo, conforme previsto no artigo 169, do Código Civil, e, por último, a lei não declarou nulo o ato e apesar de ter proibido a sua prática cominou-lhe sanção o que impede o caso de nulidade.

Observamos que a venda de parte ideal de um condômino de coisa indivisível é uma condição de eficácia do negócio jurídico, uma vez que, apesar da venda e compra existir e ser válida, ela não produz seus regulares efeitos em relação aos co-proprietários, a que não seja dado conhecimento da venda e que deposite o preço e o requeira para si, no prazo decadencial de 180 dias.

Essa posição já foi adotada pelo STJ conforme acórdão colacionado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

**Promessa de compra e venda de bem condominial indivisível. Participação de apenas um dos condôminos.** O contrato de promessa de compra e venda de bem indivisível, por um dos condôminos, é **válido, mas ineficaz em relação ao condômino que não participou do ato** (STJ, 4ª T, REsp 216979-RJ, rel Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 16.11.1999, DJU 27.3.2001, p.111)". (Grifos nossos) (NELSON NERY JUNIOR, 2004, Página 634).

O Supremo Tribunal Federal também já teve oportunidade de se manifestar a respeito, em relação ao artigo 1139, do Código Civil de 1916, que manteve quase a mesma dicção no artigo 504, do Código Civil, de 2002:

Ementa: Alienação de quinhão em coisa comum. Procedimento de jurisdição voluntária (art-1112, V do CPC). Depósito do preço e adjudicação (art-1139 do CC). 1. O art-1112, V do CPC, em harmonia com o art-1139 do cc regula a ação do condômino que quer vender sua parte em coisa indivisível, facultando o exercício, antes da venda, do direito de preferência; não observado o procedimento, **não se segue a nulidade da venda, senão a sua ineficácia relativa, assegurado o direito de preferência nos termos do art-1139 do CC.** 2. Aplicável e a súmula 400 ao entendimento de que o preço a ser depositado, para o efeito da adjudicação prevista no art-1139 do CC, compreende, além do valor estipulado para a coisa vendida, as despesas com o ato translativo (sisa e escritura). Recurso extraordinário não conhecido. (Grifos nossos) (RE 104383/SP – Relator: Min. Rafael Mayer. Julgamento 12/03/1985. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 12-04-1985)

Conforme as lições de Pontes de Miranda, a preferência prevista no artigo 504, do Código Civil, é norma dispositiva, ou seja, as partes podem não a exercer:

O direito conhece regras sobre direito de preferência que são imperativas. E.g., o art.197 do Decreto-Lei nº2.063, de 7 de março de 1940. O art. 1.139 exige exame à parte. É ele *ius dispositivum*, e não *ius cogens*, pois que o seu fundamento é o interesse dos condôminos em que não entre na comunhão quem não lhes agrade, ou o de unidade e consolidação da propriedade". (PONTES DE MIRANDA, 2001, página 82).

Além do mais, somente presentes três elementos é possível ao condômino preterido ter a parte ideal do imóvel indivisível vendido para si, como menciona Nelson Nery e Rosa Maria:

**Exercício do direito de preferência.** Para o exercício do direito de preferência o condômino deve provar que reúne as três condições: reclamação dentro do prazo legal, depósito do preço e indivisibilidade do imóvel (RT 185/291). (NELSON NERY JUNIOR E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, 2007, Página 371).

O tabelião e o registrador são profissionais do direito (artigo 3º, do Código Civil) e que têm como função "[...] garantir a publicidade, autenticidade, segurança e **eficácia dos atos jurídicos**" (grifos nossos) (BRASIL, 2007, página 1285) e, por tal motivo, apesar de a norma do artigo 504, do Código Civil, ser norma dispositiva, ela afeta o plano da eficácia do negócio

jurídico. Por isso, não pode o tabelião lavrar a escritura pública e nem o registrador proceder ao registro da parte ideal do imóvel, sem que seja demonstrada a intimação de todos os co-proprietários da coisa indivisa, da venda feita a não condômino.

Tal intimação pode ser feita judicial ou extrajudicialmente, como bem salienta Pontes de Miranda:

O condômino que tem direito à preferência não precisa ser notificado judicialmente [...] basta que se efetive a notificação extrajudicial, qualquer que seja o meio (telegrama, carta missiva, intermediário, memorando, telefonema), desde que, segundo as circunstâncias, seja em forma e fundo que ponha o condômino a par do lugar e tempo em que deve usar da preferência e saiba ele exatamente de que objeto se trata. A jurisprudência andou acertada em explicitar que a notificação judicial é desnecessária[...]. (PONTES DE MIRANDA, 2001, página 83)

Por outro ângulo, o artigo 504 do Código Civil prevê o prazo de 180 dias para ser anulada a venda de coisa indivisível a não condômino, sem ser dada ciência aos outros condôminos. Ocorre que a transferência pela venda e compra de imóvel só se reputa efetuada com o registro no cartório de imóveis, conforme artigo 1.245 do código civil. Logo, poder-se-ia, em princípio, por esse prisma admitir que o tabelião fizesse a escritura pública e o oficial o registro, uma vez que apenas após o registro seria possível a declaração de ineficácia do negócio jurídico.

Mas essa matéria é muito polêmica e, por tal motivo, o registrador e o tabelião de notas (para aqueles que admitem) para se resguardarem devem suscitar dúvida (artigo 198, da lei 6015/67) perante o juiz competente sobre a possibilidade ou não de dispensar a intimação de todos os condôminos.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição federal. Código Civil. Código de processo civil. Código comercial.** 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** V12. Campinas: Bookseller, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003.** 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e Nelson Rosenvald. **Direito Civil – Teoria Geral: atualizado pela lei n. 11.382/06.** 6. ed. atual. São Paulo: Lumen Iuris, 2007.

## 4.7 COMENTÁRIOS A JURISPRUDÊNCIA

### 4.7.1 Interceptação telefônica em ação de execução de alimentos

**Leonardo Barreto Moreira Alves**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)  
Pós-Graduando em Direito Civil pela PUC/MG*

*O que é, exatamente por ser tal como é, não vai ficar tal como está.  
(Bertold Brecht)*

Em 28 de março de 2007, a 7ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), no bojo dos autos do Agravo de Instrumento nº 70018683508, exarou acórdão absolutamente inédito no cenário jurídico nacional, permitindo a interceptação telefônica em sede de ação de execução de alimentos. Em um primeiro momento, o *decisum* pretoriano afigura-se como violador do quanto disposto no art. 5º, XII, da Carta Magna, segundo o qual a interceptação telefônica é excepcionalmente admitida apenas em investigação criminal e instrução processual penal. Destarte, uma análise mais acurada desse importante julgado irá evidenciar que, na verdade, a Corte gaúcha agiu com acerto, deixando de lado, no caso concreto, o direito à intimidade do devedor dos alimentos com a finalidade de salvaguardar os direitos à vida e à proteção integral dos credores menores de idade. É justamente essa análise que nos propomos a fazer, de forma sucinta, no presente trabalho. Para tanto, desde já, passamos à transcrição da ementa do acórdão de lavra do TJRS:

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido.

Para uma melhor compreensão das razões que levaram a Corte gaúcha a assim decidir, faz-se imprescindível apontar as peculiaridades fáticas do caso em tela. Inicialmente, registre-se que a medida de interceptação telefônica foi requerida pelos agravantes tão-somente para possibilitar a localização do executado,

foragido há mais de 1 (um) ano, e tornar eficaz a ordem de prisão expedida em seu desfavor.

Além disso, frise-se que a desídia do executado no pagamento dos alimentos devidos foi renitente, possuindo um longo histórico, senão vejamos: a ação de execução foi interposta em maio de 2005, sendo que os alimentos foram pagos, pela última vez, no distante mês de março de 2004, exclusivamente com o objetivo de afastar o cumprimento de um mandado de prisão. Em seguida, o executado foi citado para o pagamento das prestações em atraso em janeiro de 2006, sendo que deixou transcorrer tal prazo *in albis*, motivo pelo qual sua prisão foi decretada em abril de 2006, oportunidade em que a dívida alimentar já era superior ao montante de R\$ 37.000,00. Visando a frustrar o cumprimento do mandado de prisão, o executado evadiu-se. Ainda assim, os agravantes e sua Procuradora intentaram por diversas vezes encontrá-lo, tendo esta última, inclusive, ido até a cidade de São Paulo, em mais de duas oportunidades, e acionado os agentes da Delegacia de Capturas desse município, sem, contudo, lograrem êxito na localização do devedor. Atualmente o executado continua foragido, tanto assim que não foi intimado para apresentar contra-razões do agravo de instrumento interposto.

Como se vê, portanto, foi em razão desses insucessos na localização do executado que os agravantes pleitearam a interceptação telefônica dele. Pode-se afirmar então que tal medida foi requerida como *ultima* ou *extrema ratio*<sup>1</sup>, eis que teve lugar apenas quando os credores esgotaram todos os meios para encontrar o devedor, em sede da já extremada ação de execução. Caso assim não fosse procedido, a vida daqueles estaria em sério risco, afinal de contas, como se sabe, o direito a alimentos tem como função precípua assegurar a sobrevivência, a vida do seu titular.

Nessa linha de intelecção, impende lembrar que o direito à vida, assim como o direito à intimidade, também possui *status* constitucional, estando expressamente consubstanciado no artigo 5º, *caput*, do Texto Maior, e igualmente protegido pelo artigo 60, § 4º, IV, da Constituição, que o define como cláusula pétrea. Nunca é demais reprimir ainda que a Carta Magna vai além da proteção à vida ao estipular como princípio vetor da República Federativa do Brasil, no seu artigo 1º, III, o direito a uma vida *digna* (*princípio da dignidade da pessoa humana*). Noutro giro, sobreleva destacar que, no caso particular das crianças e dos adolescentes, faixa etária ocupada pelos agravantes, em face da situação peculiar por eles vivenciada de formação e desenvolvimento da personalidade, há comando constitucional (art. 227, *caput*) determinando que o direito à vida será garantido pela família, sociedade e pelo Estado com *absoluta prioridade* (*princípio da proteção integral*), o que implica, em bom português, a supremacia de tal direito sempre que o exercício de um direito de terceiro (mesmo com foro constitucional) possa prejudicá-lo.

Diante disso, vislumbramos um cenário em que princípios de origem constitucional estão em conflito: de um lado, o *princípio da proteção à intimidade*; de outro, os *princípios do direito à vida e da proteção especial conferida às crianças e aos adolescentes*. Para a resolução desse conflito (que nunca existe em tese, surgindo somente na prática, pois há a presunção de que as normas constitucionais foram criadas para conviverem em harmonia), há de se recorrer ao *princípio da proporcionalidade* (Robert Alexy) - ou da *razoabilidade* ou da *ponderação dos interesses*, conforme o Professor Daniel Sarmento, ou ainda, como é tratado pela doutrina alemã, da *vedação do excesso* - segundo

o qual um princípio de menor relevância (aspecto a ser apurado também na prática) deve ceder espaço temporariamente, naquele caso concreto, a um princípio de maior estirpe, que, a nosso ver, será sempre aquele garantidor do (*super*)*princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CF), razão de ser de todo o ordenamento jurídico.

Não é preciso muito esforço para identificar que, no caso *sub examine*, a efetivação dos *princípios do direito à vida e da proteção integral da criança e do adolescente* será a única forma de promover a *dignidade da pessoa humana* dos agravantes, devendo então a intimidade do executado ser aqui preterida. Ora, o dano provocado à situação pessoal do executado por conta da desconsideração do seu direito à intimidade será muito menor do que aquele causado aos agravantes se a eles não forem disponibilizados os alimentos devidos, pois, nessa segunda hipótese, estará em risco a própria vida deles.

Ademais, como muito bem ponderado pela Desembargadora-Relatora, Dra. Maria Berenice Dias, é noção das mais comezinhas da Teoria Geral do Direito que nenhum direito é absoluto, mesmo o direito à vida, que pode ser subjugado no caso de guerra declarada contra agressão estrangeira (art. 5º, XLVII, parte final, e art. 84, XIX, ambos da Constituição). Em se tratando de ação de execução de alimentos, a própria ordem jurídica determina de antemão uma hipótese em que os direitos à intimidade e à liberdade cederão lugar aos direitos à vida e à proteção integral do exequente, qual seja, a possibilidade da prisão civil do executado.

À guisa de tudo quanto expendido, forçoso reconhecer o acerto da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em permitir a interceptação telefônica em sede de ação de execução de alimentos como medida garantidora da verba alimentar devida, o que, em uma perspectiva de fundo, importa em salvaguarda dos direitos à vida e à proteção integral dos agravantes, enfim, da dignidade humana de tais pessoas.

Nesse cenário, pode-se afirmar que o direito constitucional à intimidade não foi violado nem sequer relativizado, mas apenas afastado em um determinado caso concreto. Em outras palavras, reconhecemos que persiste a regra geral da possibilidade de interceptação telefônica somente em investigações e processos criminais, como consta da redação do art. 5º, XII, da Constituição Federal. Destarte, tal regra não pode ter aplicação na hipótese prática aqui discutida para que não haja prejuízos a direitos igualmente constitucionais que *in casu* se mostram superiores, quais sejam, o direito à vida e o direito à proteção integral dos menores de idade.

De outro lado, deve-se reconhecer que o julgado do TJRS foi a solução única e ideal para esse caso concreto, diante das circunstâncias fáticas por ele apresentadas, não sendo certo, porém, que tal decisão poderia ser proferida em outras situações diversas. Com isso queremos dizer que não passou a estar autorizada a interceptação telefônica em todo e qualquer processo civil, mesmo de Direito de Família. Reiteramos novamente que a regra constitucional da vedação da interceptação telefônica em processos dessa natureza continua *aprioristicamente* válida. A exceção a essa regra somente é cabível quando direitos constitucionais de maior relevância (aspecto a ser aferido na casuística) são colocados em conflito com ela, devendo aqueles afastar a incidência desta, por força do *princípio da proporcionalidade*.

Sem dúvida alguma, a louvável decisão da Corte gaúcha

cumprir importante função educativa de evitar que devedores de alimentos voltem a se comportar de forma tão negligente, como sói ocorrer em ações dessa natureza. Nessa esteira, encerramos este trabalho manifestando o desejo de que o raciocínio desenvolvido

pelos juristas dos pampas sirva como balizamento em todas as demandas de Direito de Família levadas aos Tribunais deste País, o que certamente assegurará a materialização do *(super)princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Uma salva de palmas ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul!

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A constitucionalização do direito de família*. In: JusNavigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001, disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>; acesso em 04-01-2003.
- \_\_\_\_\_. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>, acesso 12 nov. 2006.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2006.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

## 4.8 JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

### 4.8.1 Justiça Argentina. Dano Moral Coletivo. Destruição de imóvel de valor cultural<sup>1</sup>

**PROTECCION Y PROMOCION DEL PATRIMONIO HISTORICO Y CULTURAL. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Derechos de incidencia colectiva. Demolición de una casa histórica del Barrio de Flores. LEGITIMACION ACTIVA del Defensor del Pueblo de la Ciudad. RESPONSABILIDAD del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y de la empresa constructora a cargo de la demolición. DAÑO MATERIAL Y MORAL COLECTIVO. Reparación. Cuantificación. Destino de los fondos abonados en concepto de indemnización**

Se considera como Patrimonio Histórico el conjunto de Valores y Bienes, que se encuentran íntimamente relacionados con su Historia, sus tradiciones e idiosincrasia y que constituyen elementos integrantes de su identidad regional. La conceptualización de “Bien cultural”, refiere no sólo a las manifestaciones del arte en general sino “a toda forma de vida de un pueblo” (UNESCO, Segunda Conferencia General, México, 1982). El patrimonio cultural conforma la geografía construida que cohabita con cada integrante de la comunidad, está presente en cada rincón, pertenece a todos y cada uno de los miembros de esa comunidad.”

“Toda medida de tutela a los valores patrimoniales culturales “tiende a mejorar la calidad de vida en cuanto permite la pervivencia de rasgos... y valores, en definitiva, aglutinantes de una sociedad determinada...” (Uslenghi. A.J., y Gatti, W.O., “La tutela del patrimonio cultural y las cláusulas abiertas en la reforma de la Constitución Nacional”, LL Actualidad 26/04/1994).”

“El valor histórico de la “Casa Millán” está dado principalmente por tres circunstancias. Por un lado -fue- la construcción más antigua del barrio de Flores. Por otro lugar, su estructura -era- original. Y por último, por haber pertenecido a uno de los co-fundadores de lo que fuera el pueblo de San José de Flores. Don Antonio MILLÁN es considerado junto a los Sres. Diego y Ramón Flores, en virtud de haber actuado como delegado y apoderado del propietario de las tierras que hoy conforman el barrio de Flores en todo lo relacionado al loteo que diera origen al pueblo, trazando

en 1822 un plano catastral de dichas tierras. Probado está que la finca en cuestión integraba el patrimonio histórico y cultural de la Ciudad, y por tanto, pertenecía a esos fines a todos los habitantes de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.”

“El conocimiento de la particular relevancia histórica de la CASA MILLÁN por parte de los coaccionados y en tanto agentes causales del daño los hace civilmente responsables tanto para el resarcimiento de los daños materiales cuanto en lo que hace al daño moral colectivo irrogado.”

“CIADA Construcciones Sociedad Anónima, en su carácter de especialista en la materia, debía conocer las características histórico culturales que revestía la propiedad (lo que resultaba de público y notorio). En consecuencia, en rigor material, resulta lógico entender que la falta de notificación de la medida cautelar de no innovar existente sobre el inmueble objeto de autos, argumentada como eximente de su responsabilidad, no puede resultar una excepción a la responsabilidad real que corresponde a esta codemandada.”

“En cuanto a la responsabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la falta de conocimiento material de la medida cautelar no la exime en forma alguna de responsabilidad, ya que es su obligación e interés primordial velar por el resguardo del patrimonio cultural. El régimen le impone los deberes de conservación, preservación y restauración de los bienes culturales.”

“La actividad que ocasione algún daño al interés público, debe acarrear la obligación de resarcir. Así lo ha entendido la doctrina judicial, a propósito del daño ambiental, al sostener que toda actividad susceptible de empobrecer la calidad de vida de cualquier persona o de la comunidad, debe ser, en primer lugar, prevenida o disuadida. Y si ya hubiera comenzado a generar daño, es preciso hacerla cesar, sin perjuicio de la reparación integral del agravio irrogado. Para ello, se ha admitido que, además de la regla contenida en el art. 1068 del Cód. Civil, concurre, acumulativamente, el régimen de prerrogativas que la Constitución Nacional reformada en 1994 denominó “derechos de incidencia colectiva”.”

“Irreductible es que se ocasionó un daño irreparable al patrimonio cultural de nuestra comunidad, resultando de imposible ejecución la recomposición material del bien a su estado original. La autenticidad del bien destruido, de ningún modo puede rescatarse. Sin embargo, podemos hallar una recomposición del bien jurídico afectado (patrimonio cultural) mediante una compensación al daño material y moral colectivo. Este resarcimiento resultará adecuado en la medida que su destino sea afectado a la

preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural, cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad, la memoria y la historia de la ciudad y sus barrios. En particular la preservación de lo que fue la puerta de la “Casa Millán” y la difusión de lo que ella significó, para lograr de ese modo salvaguardar la memoria y conocimiento de nuestro pasado, en defensa de la identidad comunal presente y futura.”

“En tanto actor indiscutido de los derechos colectivos vinculados con la memoria histórica y el patrimonio cultural y órgano constitucionalmente habilitado para accionar por su preservación y cuidado, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, debe ser la receptora natural de las sumas que resultan de las indemnizaciones que aquí se resuelven. Los fondos deberán aplicarse a proyectos de preservación del patrimonio histórico local.” (EXP 1772/0 - “Defensoria del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/ amparo (ART. 14 CCA-BA)” - JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES - 27/11/2006) (Sentencia no firme)

#### Nota

<sup>1</sup> Material gentilmente fornecido pelo Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda, Coordenador das Promotorias de Justiça Especializadas na Defesa do Patrimônio Histórico, Cultural e Turístico de Minas Gerais.

## 4.9 LÍNGUA E LINGUAGEM

### 4.9.1 Análise do uso da polifonia no artigo “Da prorrogação das interceptações telefônicas”

**Cláudio Márcio Bernardes**

*Servidor do Ministério Público de Minas Gerais  
Licenciatura plena em Letras. Pós-graduado em Lingüística.  
Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Público  
claudiombernard@uol.com.br ou cbernardes@mp.mg.gov.br*

**Gustavo Ximenes Cunha**

*Licenciatura plena em Letras, mestrando em Lingüística  
pela Universidade Federal de Minas Gerais*

Não se pode imaginar um texto como algo pronto, acabado, que não considera o seu elaborador nem o seu leitor empírico. Segundo Bakhtin (1986, p. 127), “a língua constitui um processo de evolução ininterrupto que se realiza através da interação verbal social dos locutores”. Logo, não há falar em texto sem levar em conta as suas condições de produção e de recepção.

Para demonstrar, na prática, algumas das nuances que compõem um texto, será analisado o artigo intitulado “Da prorrogação das interceptações telefônicas”, publicado no número 7 desta revista, composto por Turíbio Barra de Andrade, Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. O objetivo maior consistirá em destacar a ocorrência da polifonia, uma das estratégias textuais que sedimentam as suas ponderações.

Polifonia é, segundo Koch (2002, p. 58), “o fenômeno pelo qual, num mesmo texto, se fazem ouvir ‘vozes’ que falam de perspectivas ou pontos de vista diferentes com as quais o locutor se identifica ou não”. Nesse aspecto, pode-se concluir que o produtor de um texto nada mais é do que o organizador

dos diversos enunciadores, quais sejam, aqueles que vão se fazer presentes no texto. A força argumentativa de cada um deles será abonada ou não pelo produtor. Assim, a voz popular, a da jurisprudência, a dos doutrinadores, a dos cientistas, a da religião aparece mais ou menos explícita conforme o viés defendido pelo produtor textual.

No artigo de Turíbio, percebe-se nitidamente o emprego da polifonia. Trata-se da questão da interceptação telefônica utilizada como meio de prova. O assunto está previsto na Lei de Interceptações: “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”. Percebe-se, na leitura que se faz do texto do Promotor de Justiça, que ele organiza de determinada forma as vozes que vão apresentar pontos de vista contrários acerca da interceptação telefônica, para que o leitor chegue à conclusão sobre o seu real posicionamento. Vejamos:

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 deste período.

Os adeptos desta 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 este 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.

O autor utilizou duas vezes para se posicionar. A primeira é enfraquecida pela frase: “fruto de uma interpretação literal e apressada”. De acordo com Turíbio, basta recorrer ao contexto do domínio jurídico para perceber que há doutrinadores que decifram a lei comentada fazem uma interpretação gramatical a despeito de outra mais ampliadora, que leve em consideração a investigação criminal. A segunda voz é prestigiada pelo autor, pois é uma corrente “amplamente majoritária, inclusive com a adesão dos Tribunais Superiores”. Essa voz é qualificada por ser da maioria dos estudiosos e por ser avalizada pelas mais altas cortes. Desse modo, o leitor, que já conhece o ponto de vista das duas correntes

– uma é diminuída discursivamente, a outra, abonada –, é conduzido à conclusão de que a melhor interpretação é a que amplia a possibilidade de interceptação telefônica. Nesse propósito, sobressai o intuito argumentativo do autor do texto, que é demonstrar nitidamente sua filiação à segunda corrente doutrinária.

A organização dos enunciadores é um recurso extremamente utilizado pelos operadores do direito. Há inúmeros textos jurídicos que apresentam correntes doutrinárias as mais variadas possíveis. Articular as vozes de maneira a conduzir o leitor a compartilhar da opinião de quem o produz é uma tarefa instigante. O contrário pode provocar problemas de continuidade temática. No caso do artigo comentado, o autor utiliza habilmente da disposição dos enunciadores, apresentando os pontos de vista de maneira clara e precisa. Ao final, os argumentos demonstram estar bem concatenados, o que facilita a atividade de leitura.

Não foi nosso escopo realizar uma análise exaustiva do texto “Da prorrogação das interceptações telefônicas”. O objetivo consistiu em apresentar observações que considerassem a polifonia e que levassem à constatação da grande importância que é a escolha dos diversos pontos de vista que vão permear um texto. O que a nossa apreciação nos permitiu verificar, ainda que superficialmente, foi que a escolha das vozes discursivas é de extrema relevância para delinear a estratégia textual do seu produtor. O que vai explicitar ou não a intenção argumentativa é justamente como estão marcados os diversos pontos de vista. Se o leitor compreender o que está escrito, fizer as suas inferências, concordar ou não com os posicionamentos divergentes, o texto terá cumprido sua função dialógica: promover a interlocução entre produtor textual e receptor.

### Referências bibliográficas

- ANDRADE, Turíbio Barra de. **Da prorrogação das interceptações telefônicas**, in: MPMG Jurídico, n.7, p. 23-24, Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte: 2007.  
 BAKHTIN, Mikhail Vlochinov. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 3 ed. São Paulo: Hucitec, 1986.  
 KOCH, Ingedore Grunfeld Vilaça. **Desvendando os segredos do texto**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

## 4.10 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

### 4.10.1 Mudança no mundo contemporâneo e seus impactos nas pessoas e nas empresas

**Yara Rodrigues Pereira**

*Coordenadora do Núcleo de Recursos Humanos do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Economista, Especialista em Gestão de Pessoas e em Administração Pública*

**Fernanda Calzavara de Sousa**

*Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais Psicóloga, Especialista em Gestão de Pessoas e Mestranda em Administração Pública*

O mundo de hoje é de rápida transformação e descon-tinuidade. A sociedade tem exigido reformas organizacionais intensas, tanto na esfera pública quanto na privada. A mudança organizacional é um fenômeno constante que está relacionada à evolução das necessidades das pessoas, do serviço público e da sociedade, exigindo dos governos uma postura de vanguarda em prol da mudança e do crescimento, mostrando o melhor caminho para que sejam viabilizados.

A necessidade do desenvolvimento de habilidades para a flexibilidade e adaptabilidade, força-nos a abrir nossa capacidade de aprendizagem e de competências diferenciadas. Atualmente, quem não faz, deve dar lugar a quem já está fazendo. Não se pode mais admitir comportamentos de procrastinação, morosidade e conservadorismo nas organizações. Habilidades pessoais hoje falam mais alto que abstrações intelectuais. A mudança como oportunidade de crescimento e transformação não pode mais ser

perdida de vista.

Três ondas de mudança se sobrepõem nos dias atuais, gerando um contexto de grande turbulência que leva a novas formas de organizar as empresas em geral, seja em termos estratégicos, seja em termos táticos, exigindo dos líderes a postura de agentes de mudança: a passagem de um regime de mercado vendedor para mercado comprador, a globalização dos mercados e da produção e o advento da economia baseada em conhecimento.

Além dessas transformações econômicas, pode-se ressaltar também fatores de mudanças tecnológicas, que trazem maior eficiência e funcionalidade ao trabalho e envolvem uma série de alterações, como mudanças nos equipamentos e ferramentas, exigindo dos funcionários a formação nessas técnicas. Dos gerentes, exige-se repensar a organização e a maneira de trabalhar nos seus serviços, a fim de conseguir todos os benefícios possíveis da expansão desses novos recursos; fatores estruturais e processuais como a reformulação das regras, políticas, responsabilidades e procedimentos do processo de trabalho; e fatores sociológicos, como o comportamento humano, principal responsável pela efetividade organizacional.

Referente ao comportamento humano nas organizações, há três passos para mudar o comportamento das pessoas: descongelar, que significa mudar o comportamento humano, propiciando às pessoas o reconhecimento do indesejável estado atual e a necessidade de mudança. Em outras palavras, trata-se de convencer as pessoas a deixarem seu mundo conhecido. Em seguida, passa-se para o segundo passo que é a mudança propriamente dita, isto é, a tentativa de criar um novo padrão de comportamento coerente com os interesses organizacionais. O terceiro passo é recongelar, incorporar as mudanças criando e mantendo o novo sistema organizacional.

O processo de mudança deve seguir um padrão ordenado e bem estabelecido, devendo ocorrer quando o benefício da mudança for superior ao custo que ela demanda, seja em termos de perda dos melhores talentos, seja o alto nível de ansiedade e confusão, retorno de antigos problemas e desconfianças ou o aumento do nível de estresse.

Além de saber o que irá sofrer alteração, cabe à organização conhecer também o objetivo da mudança, as condições e período em que ela ocorrerá, e, quanto às pessoas enredadas no processo, saber principalmente se elas estão envolvidas ou resistentes.

A resistência sempre que acontece causa perplexidade e frustração. O ponto-chave para compreender a natureza da resistência é entender que ela é uma reação a um processo emocional que ocorre dentro de qualquer pessoa e necessária ao processo de aprendizagem. A resistência é uma reação emocional previsível e natural, contra o processo de sermos forçados a encarar problemas organizacionais difíceis.

Uma razão pela qual as pessoas apresentam resistência às mudanças organizacionais é o fato de pensarem que perderão alguma coisa de valor. Nesse caso, a resistência assume um teor político, manifestando-se de forma camuflada, através de influências sobre aqueles que detêm o poder na organização. Tais pessoas têm em mente o seu interesse pessoal e visão limitada da organização, encarando a mudança como uma perda em potencial ou uma violação injusta do seu contrato implícito ou psicológico com a organização. O segundo motivo pelo qual as pessoas têm

resistência à mudança é a interpretação errada e falta de confiança na mudança. Um terceiro motivo é ocasionado por avaliações diferentes, ou seja, a pessoa avalia os custos e benefícios resultantes da mudança. O quarto motivo é a insegurança das pessoas quanto a sua capacidade de desenvolver novas habilidades e os comportamentos que lhes serão exigidos pela mudança, por exemplo, uma nova tecnologia de trabalho. E o quinto motivo é o fato de não termos alternativas de saída e estratégias. Em nossos dias, a capacitação é fundamental para o sucesso profissional. Precisamos reformular nossos mapas, ter mais flexibilidade. Não podemos abrir mão do passado e nem recusar o novo. Assim, as reações às mudanças podem ser de passividade, reatividade e pró-atividade.

A passividade pode ser demonstrada pelo medo de enfrentar o desconhecido, o que faz com que muitos indivíduos encarem os processos de mudança como algo desnecessário. Pode-se verificar tais comportamentos em frases como: “Sempre foi feito assim, por que mudar agora?” “Em time que está ganhando não se mexe”. Essa atitude paralisa as pessoas diante das situações de mudança, nem os indivíduos, nem as organizações acompanharão as exigências atuais com esse tipo de reação.

A reatividade se vê nas pessoas que vivem na rotina e se acreditam a salvo de qualquer impacto, ou que, muitas vezes, por se tornarem fundamentalmente especialistas no que fazem, acomodam-se na competência adquirida, não dão atenção à evolução dos processos e às mudanças no contexto da organização. Essa reação expressa o medo pelo novo. A adequação a um novo estado de coisas exige uma nova atitude e um novo aprendizado. Se o indivíduo não está preparado, entra em pânico, busca, desesperadamente, uma saída para se adaptar ou simplesmente é atropelado pela mudança. Assim, essas pessoas se caracterizam por dizer: “Não vai dar certo” “Isto não irá afetar o meu setor” e outras.

Algumas pessoas acreditam que sua capacidade de sobrevivência profissional encontra-se no fato de fazerem as coisas do modo como sempre foram feitas. A capacidade de se transformar faz as organizações criativas. Na verdade, os antigos modos de fazer as coisas já não satisfazem mais a sociedade. Organizações com funcionários abertos, atentos às percepções sobre as transformações do ambiente, mudam mais rápido. Ao capacitar seus funcionários, as organizações percebem como são ávidos de desafios e motivados pela quebra de rotinas.

Mudar pode significar o reconhecimento de que algumas de nossas crenças e opiniões estão erradas. Surge, então, a necessidade de rever os pontos de vista e reelaborar seu modo de pensar.

Já a pró-atividade é vista nas pessoas que fazem acontecer a mudança, sendo chamadas de pró-ativas. A mente aberta à captação dos sinais do ambiente externo, a flexibilidade e agilidade ajudam as pessoas a adaptarem-se às novas regras com muita rapidez. A busca da mudança é um desafio e elas estão sempre preparadas para assumirem novas tarefas e responsabilidades.

As pessoas costumam querer vencer a resistência, que como mencionado anteriormente, é um processo emocional, com argumentações racionais. É difícil convencer alguém com palavras e deixar de sentir algo. A estratégia básica para lidar com a resistência é ajudá-la a esvair-se e não lutar contra ela. Os sentimentos mudam quando são expressos diretamente.

Assim, o ponto de maior importância no processo da mudança de transição é a comunicação, podendo ser feita através de discussões individuais, apresentações para grupos, relatórios escritos, cursos ou seminários, por exemplo. Ninguém se engaja em um projeto se não tiver informações suficientes para isso. A comunicação de idéias ajuda as pessoas a verem a necessidade lógica da mudança. Todavia, não basta haver informação, é preciso haver diálogo. Através da conversação, os funcionários podem, não só tirar suas dúvidas, como falar de seus receios. A comunicação é a forma de ajudá-los a acreditar que a alta administração sabe o que está fazendo. Esse é um dos maiores incômodos hoje nos servidores das instituições públicas, eles têm sempre a impressão de que a alta administração não sabe para onde está indo, que as mudanças não serão efetivas: “logo tudo voltará ao normal”.

Um dos grandes desafios da gerência é fazer com que toda a instituição conheça o que significa a mudança para os indivíduos. As preocupações não são eliminadas com informações e sim na interação e no debate. Mudanças significativas exigirão imaginação, perseverança, diálogo, cuidado e disposição de todos para a mudança.

Outras estratégias contra a resistência são: (1) O envolvimento dos resistentes em potencial, fazendo-os participar em algum aspecto do projeto e da implantação da mudança, uma vez que a participação conduz ao comportamento e não meramente

à aquiescência. (2) Oferecer apoio às pessoas que se sentem ameaçadas. Assim, o processo pode contemplar um programa de desenvolvimento de novas habilidades para essas pessoas, ou realizar o simples ato de ouvi-las e dar-lhes apoio emocional. E (3) oferecer incentivos financeiros ou benefícios aos resistentes ativos ou potenciais.

Essas questões levam a repensarmos os modos de funcionamento interno do serviço público e a relação de seus funcionários com os usuários desse serviço. Isso supõe não só aumentar a competência técnica dos quadros, já elevadas, mas suas qualidades gerenciais, porque a eficácia e a eficiência, hoje em dia, passam pela capacidade dos dirigentes em mobilizar as inteligências de todos os envolvidos baseados no trabalho em equipe, e que surge oferecendo mais vantagens para a organização do trabalho e para o alcance de melhores resultados.

Sem dúvida, toda essa força competitiva está ao alcance de qualquer empresa em qualquer lugar do mundo. Basta que a instituição defina como objetivo primordial desenvolver de forma acelerada sua força humana. Na base disso, encontra-se algo que vai muito além dos objetivos utilitários de simplesmente aumentar a riqueza material das organizações e das pessoas. O espírito fundamental dos gerentes está em elevar a qualidade de vida das pessoas em todos seus aspectos – materiais, pessoais, intelectuais, culturais, espirituais – e, dessa forma, produzir uma sociedade melhor.

## 4.11.2 Indicação de obra de outra área

### 4.11.2.1 CAPRA, Fritjof. **O Tao da Física: um paralelo entre a Física Moderna e o Misticismo Oriental.**

Tradução de José Fernandes Dias. São Paulo: Editora Cultrix, 2000, 274p.

Há cinco anos experimentei algo de muito belo, que me levou a percorrer o caminho que acabaria por resultar neste livro. Eu estava sentado na praia, ao cair de uma tarde de verão, e observava o movimento das ondas, sentindo ao mesmo tempo o ritmo da minha própria respiração. Nesse momento, subitamente, apercebi-me intensamente do ambiente que me cercava: este se me afigurava como se participasse de uma gigantesca dança cósmica (p. 13).

Com essas palavras, um dos mais importantes físicos e teóricos de Berkeley, na Califórnia (EUA), Fritjof Capra, inicia o prefácio deste *best-seller* em que se analisa o misticismo oriental a partir de conceitos e teorias da Física Moderna, sem, contudo, ser uma obra de difícil leitura ou assimilação.

Nesse livro, Capra traz o leitor a uma viagem segura pelos limiares da ciência e do espiritual, mostrando que ambos os universos, longe de serem antagônicos, são partes de um mesmo todo, co-relacionam-se e estão jungidos em uma mesma experiência. Há inclusive quem sustente que quando as várias formas do misticismo oriental e os múltiplos paradoxos da física moderna forem adequadamente compreendidos, “terá chegado a

hora de consideráveis progressos na compreensão que temos do Universo” (B. D. Josephson, Prêmio Nobel de 1973, Professor de Física da Universidade de Cambridge).

Tanto é verdade que na apresentação da edição brasileira, Mário Schenberg, nos idos de 1984, é enfático ao afirmar que a leitura e o estudo do *Tao da Física* será de grande utilidade para os estudiosos da Física. Assim como para aqueles que desejam trilhar “um caminho fascinante de aproximação com a filosofia oriental, sobretudo nos seus aspectos dialéticos, que tanto a relacionam com o pensamento filosófico contemporâneo” (p. 11-12).

Em resumo:

Este livro analisa as semelhanças notadas recentemente, mas ainda não discutidas em toda a sua profundidade entre os conceitos subjacentes à física moderna e as idéias básicas do misticismo oriental. Com base em gráficos e em fotografias, o autor explica de maneira concisa as teorias da física atômica e subatômica, a teoria da relatividade e a astrofísica, de modo a incluir as mais recentes pesquisas, e relata a visão de um mundo que emerge dessas teorias para as tradições místicas do Hinduísmo, do Budismo, do Taoísmo, do Zen e do I Ching.