

**Breves apontamentos sobre a legitimidade
extraordinária do *poder de rejeição de
leis inconstitucionais*
pela autoridade administrativa**
Ana Cláudia Nascimento Gomes

ENTREVISTAS:

Maria Garcia

Eduardo Cambi

Público
Constitucional
Administrativo
Institucional

Coletivo
Material e Processual

Civil
Material e Processual

Penal
Material e Processual

Informações Variadas

Disseminare

MPMG

jurídico

**Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento
Funcional - CEAF
Procuradoria-Geral de Justiça / Ministério Público do Estado
de Minas Gerais**

Ano II - julho/agosto/setembro de 2007- Número 10
ISSN 1809-8673 - circulação nacional e internacional



Disseminare

Expediente

Procurador-Geral de Justiça
Jarbas Soares Júnior

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Corregedor-Geral
Procurador de Justiça Márcio Heli de Andrade

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico
Alceu José Torres Marques

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo
Paulo Roberto Moreira Caçado

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 Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

Revisão
Cláudio Márcio Bernardes

Redação
Cláudio Márcio Bernardes
Fernando Soares Miranda
Samuel Alvarenga Gonçalves

Diagramação
Bernardo José Gomes Silveira
Cláudio Márcio Bernardes
Marco Antônio Gibim

Fotos
Alex Lanza / ASC – PGJ/MG

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.

SUMÁRIO

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	8
Jarbas Soares Júnior	
II APRESENTAÇÃO	8
Célia Beatriz Gomes dos Santos	
III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL	9
1 MATÉRIA DE CAPA	
1.1 Breves apontamentos sobre a legitimidade extraordinária do poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa	10
Ana Cláudia Nascimento Gomes	
2 ENTREVISTAS	
2.1 Maria Garcia	18
2.2 Eduardo Cambi	21
3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL	
3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL	
3.1.1 O poder de polícia fiscal no exercício da atividade de fiscalização tributária e o princípio da proporcionalidade	23
Priscilla Guedes Castilho da Silva	
3.1.2 O ralo do dinheiro público nas prefeituras	24
Érico de Pina Cabral	
3.1.3 Inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar	25
Natália Moreira Torres	
3.1.4 Normas constitucionais programáticas	26
Rômulo Rafael de Oliveira	
3.1.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) Obras doutrinárias	
3.1.5.1 ALMEIDA, Renato Franco de. <i>Constituição e políticas econômicas na jurisdição constitucional.</i>	29
3.1.5.2 IGLÉSIAS, Francisco. <i>Constituintes e constituições brasileiras</i>	29
B) Artigos	
3.1.5.3 MORAES, Alexandre de. <i>Legitimidade da justiça constitucional</i>	29
3.1.6 Jurisprudência da área	
3.1.6.1 STF, Pleno. <i>Anistia de infrações disciplinares de servidores estaduais: competência do Estado-membro respectivo</i>	29
3.1.6.2 STF, Pleno. <i>Criação de município em desatendimento ao § 4º do art. 18 da CF. Situação de fato consolidada. Estado de exceção. Princípio da segurança jurídica. Técnica de decisão judicial em controle de constitucionalidade</i>	30

3.1.6.3	STF, Pleno. <i>Notificação judicial a agente político (Ministro de Estado) para futura ação de improbidade administrativa. Incompetência do Supremo Tribunal Federal</i>	30
3.1.6.4	STF, 1ª Turma. <i>Notícia anônima de prática criminosa. Violação ao texto constitucional</i>	30
3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL		
3.2.1	A responsabilidade civil objetiva no direito ambiental Marina Dehon de Lima	31
3.2.2	A função ambiental da propriedade Hébia Luiza Machado	32
3.2.3	Licenciamento ambiental e o princípio da prevenção Ibrahim Camilo Ede Campos	33
3.2.4	Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) <i>Obras doutrinárias</i>		
3.2.4.1	TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. <i>Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável</i>	34
B) <i>Artigos</i>		
3.2.4.2	CATALAN, Marcos Jorge. <i>A hermenêutica contratual no Código de Defesa do Consumidor</i>	35
3.2.5	Jurisprudência da área	
3.2.5.1	TJPE, 5ª Câmara Cível. <i>Direito de acesso à saúde. Plano de saúde não pode conter cláusula que exclua a realização de cirurgia de obesidade mórbida</i>	35
3.2.5.2	TJMG, 14ª Turma. <i>Efeitos da coisa julgada coletiva. Princípio da facilitação da defesa do consumidor</i>	35
3.2.5.3	STJ, 3ª Turma. <i>Critério finalista para interpretação do conceito de consumidor</i>	36
3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL		
3.3.1	Aplicabilidade da teoria da desconsideração invertida Wilson Medeiros Pereira	37
3.3.2	Breves reflexões acerca da execução de alimentos diante das alterações promovidas pelas leis 11.232/2005 e 11.382/2006 Lidiane Duarte Horsth	38
3.3.3	O ativismo judicial no processo civil constitucional: mecanismo fundamental para corrigir distorções e concretizar direitos Lucas Danilo Vaz Costa Júnior	39
3.3.4	Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) <i>Obras doutrinárias</i>		
3.3.4.1	ASSIS, Araken de (coord.) [et al.]. <i>Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim</i>	40
B) <i>Artigos</i>		
3.3.4.2	LIMA NETO, Francisco Vieira. <i>Execução e prisão decorrentes da falta de pagamento da pensão alimentícia por escritura pública</i>	40
3.3.5	Jurisprudência da área	
3.3.5.1	TJGO, 3ª Câmara Cível. <i>Tutela jurídica do nascituro. Responsabilidade civil. Fixação de dano moral em seu favor. Adoção da teoria concepcionista</i>	41

- 3.3.5.2 TJRS, 7ª Câmara Cível.** *Sucessão da Companheira. Não aplicação do art. 1790, III, do CC. Igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Direito à totalidade da herança* 41
- 3.3.5.3 STF, 1ª Turma.** *Os embargos de declaração, se opostos contra acórdão da Turma Recursal nos Juizados Especiais, interrompem o prazo recursal. A regra da suspensão do prazo aplica-se somente em face das sentenças proferidas no âmbito desse órgão jurisdicional* 42
- 3.3.5.4 STJ, 2ª Turma.** *Afastamento da coisa julgada devido à alteração na base fática da decisão. Utilização da ação civil pública, como ação política e instrumento maior da cidadania* 42

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

- 3.4.1 Aplicação dos critérios de exclusão da tipicidade como forma de racionalização da atuação do Ministério Público na área criminal** 43
Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho
- 3.4.2 Prevenção e repressão ao uso e comércio de drogas** 44
Flávio Reis Mello
- 3.4.3 Da possibilidade da revisão criminal em face da sentença homologatória da transação penal** 45
Angelo Ansanelli Junior
- 3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área**
- A) Obras doutrinárias**
- 3.4.4.1 CAVALIERE, Antonio.** *L'Errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penal: Contributo ad una sistematica teleologica* 47
- B) Artigos**
- 3.4.4.2 AZEVEDO, David Teixeira de.** *A culpabilidade e o conceito tri-partido de crime* 47
- 3.4.5 Jurisprudência da área**
- 3.4.5.1 STJ, 5ª Turma.** *Em relação ao prazo necessário para a progressão de regime nas condenações por crimes hediondos, a Lei 11.464/2007 (lei especial) é mais gravosa do que a Lei de Execuções Penais (lei geral), não sendo aplicada, neste particular, aos crimes ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor* 47
- 3.4.5.2 TJMG, 1ª Câmara Criminal.** *Independentemente da primariedade, bons antecedentes, residência e emprego fixos dos acusados, o roubo a mão armada de carga de caminhão e formação de quadrilha, por si só, já autorizam a decretação de prisão preventiva tendo em vista a sua reconhecida danosidade social e indubitosa periculosidade* 48
- 3.4.5.3 STJ, 5ª Turma.** *O simples atraso na prestação de contas pelo prefeito municipal já é suficiente para configurar o delito previsto no art. 1º, inciso VI, do Decreto-Lei 201/67* 48
- 3.4.5.4 STJ, 5ª Turma.** *Possibilidade de advogado constituído ter acesso ao inquérito policial, salvo no caso de o sigilo ser imprescindível* 48

4 INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE LICITAÇÃO

- 4.1.1 A contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública – breves considerações acerca da inexigibilidade de licitação** 49
Ana Paula Dias Capanema

4.2 LÍNGUA E LINGUAGEM

4.2 Em que pese aos operadores do Direito...	50
Cláudio Márcio Bernardes	
4.3 COMENTÁRIO A SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA	
4.3.1 Cabe liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes? Breves apontamentos	51
Samuel Alvarenga Gonçalves	
4.4 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO	
4.4.1 Da possibilidade de inserção do aborto eugênico no rol de excludentes especiais de ilicitude do art. 128 do Código Penal	53
Maíra de Araújo Pinheiro Fontes	
4.5 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO	
4.5.1 Breves comentários acerca dos crimes contra a ordem tributária	54
Raphael Silva Rodrigues e Thaís Amélia de Assis Colen	
4.6 QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE O DIREITO REGISTRAL E NOTARIAL	
4.6.1 Reflexões sobre a subavaliação do preço de imóveis quando da lavratura da escritura de venda e compra	57
Alexandre Artur Mendes Soares	
4.7 DIREITO PENAL E SOCIEDADE	
4.7.1 Da inadequação do foro privilegiado em um regime democrático republicano	59
Marcelo Cunha de Araújo	
4.8 HOMENAGEM	
4.8.1 Sepúlveda Pertence: símbolo de uma Era	60
Luís Roberto Barroso	
4.9 DIREITO ELEITORAL EM FOCO	
4.9.1 Campanhas eleitorais transparentes	61
Edson de Resende Castro	
4.10 TECNOLOGIA E APRENDIZAGEM: NOVAS PERSPECTIVAS	
4.10.1 Treinamento a distância para servidores do Ministério Público de Minas Gerais nas comarcas do interior	62
Fernanda Calzavara de Sousa	
4.11 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR	
4.11.1 Planejamento Estratégico	65
Marcelo Santa Rosa	
4.11.2 Organização, sistemas e métodos: ferramenta administrativa para solução, inovação e renovação organizacional	66
Fernanda Gabriel Guzella	
4.11.3 Indicação de obra de outra área	
4.11.3.1 TAPSCOTT, Don; WILLIAMS, Anthony D., <i>Wikinomics – como a colaboração em massa pode mudar o seu negócio</i>	68

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Jarbas Soares Júnior

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

Estimados (as) Leitores (as),

Certa vez, um sábio disse que aquilo que está para além dos nossos horizontes, para além de onde conseguimos lançar nossa visão, lá se encontram os nossos sonhos, os nossos desejos mais sinceros e humanos.

É justamente nesse contexto que está inserida a luta diária do Ministério Público brasileiro: tornar menos distante o horizonte das pessoas menos favorecidas e torná-las mais próximas dos seus sonhos de igualdade, dignidade, respeito, liberdade e, acima de tudo, esperança.

Esperança não no amanhã, porque então terá sido tarde demais; esperança que hoje mesmo o sonho de cidadania deixe de ser sonhado exatamente porque já virou realidade e é hora de vivê-lo intensamente.

A leitura e o estudo diários tornam essa empreitada mais fácil, deixam o caminho mais acessível. Além disso, o espírito da democracia da Nação torna-se mais avivado quando as pessoas podem expressar livremente as suas idéias.

Continuemos, pois, com a missão de deixar aberto a todos este canal de divulgação da nossa cultura jurídica. Usem-no! Faremos de nossos estudos a ferramenta adequada para diminuir a distância entre o sonho e a realidade.

II APRESENTAÇÃO

Célia Beatriz Gomes dos Santos

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Assessora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

O *MPMG Jurídico* já se consolidou como um eficiente e agradável instrumento a ser utilizado por todos aqueles que se interessam por temas que permeiam o mundo do Direito.

Eficiente, porque a regularidade de sua publicação juntamente com a riqueza e a diversidade do conteúdo das matérias veiculadas possibilitam um aperfeiçoamento constante do leitor.

Agradável, porque a sistematização dos assuntos e a respectiva forma de abordagem permitem uma prazerosa leitura.

Nesta edição é impossível não se emocionar com a lucidez, a cultura e a sensibilidade que marcam o pensamento da Professora Maria Garcia, externado em entrevista concedida ao nosso Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional, Fernando Antônio Fagundes Reis. Constitucionalismo, cidadania e Ministério Público são temas abordados pela ilustre entrevistada, de forma brilhante e encantadora.

Consta também desse exemplar a publicação da conversa travada entre o renomado processualista Eduardo Cambi e o Diretor do CEAF, Promotor de Justiça Gregório Assagra. A análise feita pelo entrevistado sobre questões inerentes à concretização dos direitos fundamentais revela toda sua capacidade e intelecto.

Vale realçar ainda a homenagem prestada ao jurista José Paulo Sepúlveda Pertence através do texto do Professor Luis Roberto Barroso. O artigo produzido consegue transmitir o perfil íntegro e competente do homenageado.

No mais, a variedade do material doutrinário e do acervo jurisprudencial colacionados enriquece e confere dinamismo ao periódico.

Ninguém duvida de que a construção do conhecimento humano é peregrina. Assim, contar com um boletim que detém as características do *MPMG Jurídico* para o auxílio da estruturação da nossa formação intelectual é um grande privilégio.

Sinceramente, espero que a leitura desta revista proporcione a todos momentos de reflexão e inspiração e que motive, ainda mais, a nossa incessante e instigante busca pelo “saber”.

Boa leitura e um carinhoso abraço!

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, ou para o Conselho Editorial do *MPMG Jurídico* — Av. Álvares Cabral, nº 1.690, 11º andar, Edifício-Sede da Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30.170-001, Belo Horizonte (MG).

Aguardamos a sua colaboração.

Atenciosamente,

Conselho Editorial do *MPMG Jurídico*

Jarbas Soares Júnior – Presidente

Paulo Roberto Moreira Cançado – Gestor Financeiro

Alceu José Torres Marques – Coordenador Editorial Jurídico

Fernando Antônio Fagundes Reis – Coordenador Editorial Institucional

Gregório Assagra de Almeida – Diretor Executivo e Coordenador Editorial

Jairo Cruz Moreira – Diretor Administrativo

Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho – Coordenador Editorial

Renato Franco de Almeida – Coordenador Editorial

Carlos André Mariani Bittencourt – Coordenador de Articulação e Integração

Luciano Luz Badini Martins – Coordenador de Redação

Fernando Antônio Faria Abreu – Representante dos Servidores

Envio de artigos e outras informações:

mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 Breves apontamentos sobre a legitimidade extraordinária do poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa



Ana Cláudia Nascimento Gomes

Ana Cláudia Nascimento Gomes

Procuradora do Trabalho - Ministério Público do Trabalho - Ministério Público da União
Professora concursada de Direito Constitucional da PUCMINAS.
Professora de Graduação e Pós-Graduação.
Mestre e Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. LEGITIMIDADE OU PODER DE FATO? 3. CONCLUSÃO. 4. INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar o principal aspecto – o da legitimidade – do controvertido “poder de rejeição de leis inconstitucionais”¹

pela autoridade administrativa. Com efeito, apenas em termos perfunctórios, uma vez que abordamos o tema em nosso *O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro* (SAFE, Porto Alegre, 2002).

Mas, o que entendemos por “rejeição de leis inconstitucionais”? Trata-se de um ato, nesse caso específico, proveniente de uma autoridade administrativa, de não-aplicação de uma lei com fundamento na sua desconformidade com a Constituição. Em suma, de um ato administrativo que rompe com os limites do princípio da estrita legalidade, nomeadamente na sua vertente mínima de não-contrariedade² ao ato normativo com força de lei; amparando-se, por outro lado, na supremacia hierárquica das normas constitucionais. Contudo, o juízo de inconstitucionalidade, reputando inconciliável com a Constituição a lei que deveria ser executada administrativamente, é levado a efeito pela própria autoridade, por razões de necessidade³, quando do cumprimento de seus comandos.

Porém, será isso legitimamente possível à autoridade administrativa sem que signifique a institucionalização de poder

ad terrorem, tendo como pano de fundo o Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88)?

De fato, tal ato se depara com profundos questionamentos, afinal, a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos foi expressamente incumbida aos tribunais pela nossa Carta Magna de 1988, isso em consequência da concretização do princípio constitucional da separação dos poderes. Ademais, como é cediço, impera sobre a Administração Pública o múnus da perfeita execução das leis. Aliás, correntemente se afirma que a Administração Pública se encontra numa relação de subordinação para com o Poder Legislativo, sendo o princípio da legalidade administrativa “o nó” que ataria o agente público à vontade constante a lei.

Por outro norte, não se pode olvidar que a Constituição, toda ela, vincula os Poderes Constituídos, os quais, por isso mesmo, devem zelar simultaneamente pela sua preservação e pelo seu cumprimento: trata-se de consequência de seu primado. “Todo o articulado constitucional [...] revela, por isso, direito positivo, directa e actualmente aplicável a quaisquer casos concretos”⁴.

De fato, o superior valor normativo e a heterovinculação da Constituição constituem premissas jurídicas, são dogmas do Constitucionalismo. Assim, afirma-se que a Constituição é a Lei Fundamental do Estado ou a “ordem jurídica fundamental da comunidade”⁵. Por isso, hodiernamente se reconhece que toda a atuação estatal (e não apenas as leis) devem estar pautadas no

¹ V. RUI MEDEIROS, *A Decisão de inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pág. 167, na qual se fez uso da expressão “poder administrativo de rejeição de leis inconstitucionais”. Através desta obra, pela primeira vez, teve-se contato com a questão que será objeto de análise.

² V. CHARLES EISENMANN, “O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade”, *RDA*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 56, 1959, Abril – Junho, Rio de Janeiro, pág. 47 e seg.

³ Cf. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994, pág. 105: “No Direito, legalidade e legitimidade têm conceitos próprios e bem definidos. A legalidade refere-se ao exercício do poder, enquanto a legitimidade concerne à qualidade do poder, embora seja certo que esta qualidade se manifesta e se demonstra naquele exercício”. Por sua vez, distinguindo entre legalidade e legitimidade (no caso específico, da ordem jurídico-constitucional e, não diretamente do exercício do poder), J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pág. 1335, assevera: “A constituição confere **legitimidade** a uma ordem política e dá **legitimação** aos respectivos titulares do poder político... A articulação destas duas dimensões – o da legitimidade e a da legitimação – implica que a constituição não seja considerada como uma simples “carta” ou “folha de papel” resultante de relações de poder ou da pressão de forças sociais. A constituição não se legitima através da simples *legalidade*, ou seja, não é pelo facto de ela ser formalmente a lei superior criada por um poder constituinte, que ela pode ser considerada legítima. A legitimidade de uma constituição (ou validade material) pressupõe uma conformidade substancial com a **ideia de direito**, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico”.

⁴ Cf. MARIA LÚCIA DA CONCEIÇÃO ABRANTES AMARAL PINTO CORREIA (com base em palavras de J. J. GOMES CANOTILHO), *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 434.

⁵ V. VITAL MOREIRA, “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 187; e PAULO OTERO, *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, pág. 139 e seg.

princípio da constitucionalidade. De acordo com essa linha de raciocínio, a prática de atos jurídico-públicos em consonância com leis inconstitucionais não há de ser legítima e, portanto, procedimentos devem existir para que ela não se implemente⁶. Haverá aqui um eventual conflito de princípios constitucionais: o princípio da constitucionalidade dos atos do Estado em face especificadamente do princípio da legalidade dos atos administrativos?⁷

Verificamos, pois, que a controvérsia é complexa. Há quem diga, inclusive, como Gilmar Ferreira Mendes⁸, no caso específico da discussão acerca da atuação do Executivo no controle de constitucionalidade, que a possibilidade de a autoridade administrativa recusar o cumprimento do ato normativo com fundamento na sua desconformidade constitucional seria um dos tormentosos problemas do Direito. Tal complexidade ainda se agrava porque a Administração Pública deixou de ser uniforme. “A Administração Pública pluralizou-se”⁹.

Efetivamente, faz parte de um passado longínquo aquela imagem de uma Administração Pública puramente agressiva, centralizada em poucos órgãos, numa estreita relação de hierarquia para com o dirigente (ou os dirigentes) do Governo. Essa relação tem vindo a ser substancialmente alterada noutros tipos de Administração Pública: Indireta (ou Instrumental), Autárquica e Independente. Os seus fins também se diversificaram e se especializaram. Têm-se ainda, não se olvida, os inúmeros entes/agentes privados incumbidos de funções materialmente administrativas. Nesse sentido, vislumbra-se que nem sempre será fácil manter uma unidade na atuação da Administração, nomeadamente quando a Constituição do país ainda consagra uma forma de Estado não unitária, atribuindo autonomia aos Estados-membros da Federação, como no caso do Brasil.

Vejam, pois, se se pode conceber, dentro do contexto

do Estado Democrático de Direito, de um legítimo “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa. Acreditamos que sim.

2. LEGITIMIDADE ORDINÁRIA, EXTRAORDINÁRIA OU PODER DE FATO?

Efetivamente, existem vários fundamentos específicos que podem ser levantados para contraditar a configuração do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como ordinariamente legítimo¹⁰, tais como: o monopólio do juiz constitucional para o exercício do controle da constitucionalidade das leis; o princípio da legalidade administrativa como traço básico e fundamental do regime administrativo; o princípio da prossecução do interesse público como obstáculo ao estacionamento das atividades administrativas; a presunção de constitucionalidade das leis como decorrência da legitimidade democrática direta do órgão legiferante parlamentar; a possível anulabilidade da lei inconstitucional, donde os seus possíveis efeitos jurídicos; a sanção e a promulgação presidencial sobre a lei (ou o não-exercício do veto por inconstitucionalidade) como resultado de um primeiro exame de constitucionalidade por parte do Chefe de Estado¹¹; dentre outros.

Todavia, sob o imediato enfoque do princípio constitucional da separação de poderes, aterra-se um eventual posicionamento no sentido da legitimidade *ordinária* do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

De fato, as competências constitucionais devem ser funcional, sistemática e restritivamente interpretadas¹². Trata-se, é certo, de um dos reflexos do princípio da tipicidade constitucional de competências. Com isso, evitam-se choques no princípio constitucional da separação dos poderes e,

⁶ V. VITAL MOREIRA, “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 187; e PAULO OTERO, *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, pág. 139 e seg.

⁷ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, pág. 261 e seg.: “Quanto a nós, pensamos que o problema se pode pôr no quadro de um conflito de princípios constitucionais. De um lado, o princípio da constitucionalidade e, mais concretamente, o carácter directamente aplicável dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias. De outro lado, o princípio constitucional da legalidade da Administração”. V. tb. VITAL MOREIRA, “Constituição e Direito Administrativo (A ‘Constituição Administrativa’ Portuguesa)”, *AB VNO AD OMNES*, encarte dos 75 anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

⁸ In “Controle de Constitucionalidade Direto e a Inexecução da Lei pelo Executivo”, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor, Celso Bastos Editor, São Paulo, Brasil, 1998, pág. 310. V., tb. deste Autor, “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade”, *AMJ*, vol. 48, n° 186, Julho – Dezembro, 1995, pág. 41.

⁹ Parafraseando CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais...*, pág. 15, quando afirma que a “Administração Pública constitucionalizou-se”.

¹⁰ RUI MEDEIROS, *A Decisão...*, pág. 149 e seg., desenvolve a sua tese de Doutoramento no sentido de que é legítimo, em termos ordinários, o “poder administrativo de rejeição das leis inconstitucionais”. Conforme aduz: “O princípio da subordinação da Administração à Constituição aponta, pelo contrário, para o reconhecimento de uma competência administrativa de fiscalização da constitucionalidade das leis e, mais concretamente, para a admissibilidade de um poder administrativo de rejeição das leis inconstitucionais” (pág. 167). Em todo caso, “se existir uma instância hierárquica com o poder de direcção sobre a não aplicação da lei com fundamento na sua inconstitucionalidade estará, em regra, reservada ao cume da Administração” (pág. 244). Para além das leis que afrontem o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, qualquer lei inconstitucional pode ser objeto de rejeição administrativa. A argumentação do jurista foi desenvolvida tendo em vista, designadamente: (1) o princípio da constitucionalidade dos atos jurídico-públicos, consagrado de modo expresso no art. 3º/3 da CRP; (2) o princípio da constitucionalidade dos atos administrativos, nos termos do art. 266/2; (3) a incapacidade do princípio da presunção (relativa) de constitucionalidade das leis para inviabilizar o poder administrativo de rejeição de leis inconstitucionais; (4) a hierarquia administrativa e o dever de representação em face de ordens superiores que se apresentem ilegais; (5) a atuação da Administração Pública em relação ao Direito Comunitário, designadamente em relação às leis nacionais que devem ser desaplicadas para dar lugar à aplicação das normas comunitárias com estas incompatíveis (pág. 194); (6) a responsabilidade que recai sobre os agentes administrativos. Contra-argumentando, tem-se JORGE MIRANDA, “Apreciação ...”, pág. 262, no sentido de que: “as estruturas de fiscalização da constitucionalidade têm de estar funcionalmente adequadas às estruturas substantivas da Constituição”. Na doutrina italiana, V. SERGIO POMODORO, “Di un Sindacato degli organi amministrativi sulla contituzionalità delle leggi”, *RTDP*, Ano IX, Milano, 1959, pág. 529 e seg.

¹¹ Assim o posicionamento de OSCAR SARAIVA, “Parecer”, *RF*, ano XLV, vol. CXVI, Fascículo 537, Março, 1948, Rio de Janeiro, pág. 42. Para o Autor, “Reconhecida a constitucionalidade da lei através de outorga da sanção, extingue-se, sob esse aspecto, qualquer outra atribuição executiva, cumprindo aos agentes desse Poder dar execução à lei tal como redigida”.

¹² Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Separação de poderes ...*, pág. 38.

nomeadamente, uma possível concentração de poderes. Hodiernamente, o princípio constitucional da separação dos poderes passou a ser representado por uma distribuição equilibrada e funcionalmente orientada de competências constitucionais, visando à implementação de sua “dimensão positiva”, qual seja, a otimização de resultados pelos entes respectivos no cumprimento das funções primordiais¹³.

Por sua vez, do princípio da tipicidade constitucional de competências sucede que elas são usualmente atribuídas em caráter exclusivo. Daí porque, no essencial, discorda-se da argumentação desenvolvida por Rui Medeiros, sobre a interpretação do art. 204º da Constituição da República Portuguesa, no sentido de que “não se percebe por que razão não se há de admitir *igualmente* um *juízo* administrativo de inconstitucionalidade da lei”¹⁴ – g.n., de modo amplo, como consequência da incumbência constitucional (isto é, da competência) da autoridade administrativa para fiscalizar a constitucionalidade das leis que devem ser executadas. Ainda, por outras palavras, como decorrência da configuração da autoridade administrativa como uma “autora de decisão de inconstitucionalidade”, num patamar análogo ao que a autoridade judiciária detém nesse campo.

Ora, via de regra, apenas aquele órgão cuja função fora confiada pela Constituição detém a correlativa competência. Assim, ratificamos que “a competência é algo instrumental no confronto dos fins ou funções do Estado ou dos interesses públicos”¹⁵. Excepcionalmente, é verdade, poderão ser verificadas competências concorrente, bem como competências sistematicamente implícitas. Mas, no “jogo interpretativo” para a descoberta destas, não se permite uma interpretação demasiado ampla, nomeadamente que as iguale às competências constitucionais expressas e fundamentais de um outro órgão de soberania, sob pena de se incidir numa abominável “usurpação de poderes”.

Nesse sentido, não há falar que as autoridades administrativas têm, regra geral, legitimidade para fiscalizar a constitucionalidade das leis e para rejeitar aquelas que repute desconformes a Constituição; ou, ainda, que tal poder (aqui no sentido de faculdade) lhe seja inerente¹⁶. Para além

da fiscalização da constitucionalidade das leis encontrar-se no âmbito de competência dos tribunais (art. 102, inciso III, da CF/88)¹⁷; os quais foram e estão vocacionados para esse tipo de função. Não foram nem estão as autoridades administrativas especialmente vocacionadas à rejeição das leis. Ao reverso, estão expressamente direcionadas à sua “boa execução” (art. 84, inciso IV, c/c art. 37, *caput*, da CF/88); o que é dizer, para além de concretizar os comandos nela contidos, realizá-los de modo mais satisfatório possível (o que demanda critérios de eficácia).

Ora, à Administração Pública (ainda que não considerada como “Poder”, como os demais restantes, não obstante o seu apartado tratamento constitucional na CF, art. 37 e seguintes) foi histórica e constitucionalmente atribuído um papel de destaque na prossecução dos interesses coletivos e na conformação das necessidades sociais, usualmente lavrados na lei; donde se falar numa legitimidade ordinária para o exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” (ou seja, numa corrente legitimidade da conduta da autoridade administrativa em não cumprir o ato normativo primário com fundamento na sua inconstitucionalidade), pode bem significar um golpe forte na estrutura jurídico-institucional na qual o Estado Constitucional foi erigido e no qual *ainda hoje* se desenvolve, em sua dinâmica funcional: o princípio constitucional da separação dos poderes¹⁸. Sendo assim, se a Carta Magna outorga meios para que a inconstitucionalidade normativa seja apurada seguramente pelos tribunais, é com esses recursos que se deve, em caráter *ordinário*, contar.

Do mesmo modo que os tribunais estão especialmente vocacionados para o exercício da função jurisdicional e a Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro), por sua vez, precipuamente vocacionada à defesa jurídica da Constituição (pense-se, a título de exemplo, na sua especial composição, nos fundamentos jurídico-históricos que levaram à sua instituição da Jurisdição Constitucional, mister este que essa Corte realiza principalmente por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis); e, ainda, tendo em conta a posição institucional bastante peculiar do Poder Judiciário em face dos demais “Poderes” (dotado de especial independência contra possíveis ingerências externas que possam

¹³ Cf. ZIMMER, *apud* JORGE REIS NOVAIS, *Separação dos poderes ...*, pág. 38, há uma coordenação entre função, competência e legitimação, onde a legitimidade do órgão para a realização de determinada função está decisivamente marcada pelos atributos estruturais e pela margem de autonomia de que dispõe para o respectivo procedimento. V. NUNO PIÇARRA, “A separação dos poderes na Constituição”, ..., pág. 172; KÜSTER, *apud* KONRAD HESSE, *Elementos ...*, pág. 372; e JUAN JOSÉ SOLOZABAL ECHAVARRIA, *Sobre el Principio de la Separación ...*, pág. 231. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, pág. 515, haveria numa pressuposição de idoneidade e adequação do órgão ao exercício das funções que, a título específico ou primário, são lhe atribuídas.

¹⁴ *In A Decisão ...*, pág. 209 e 227. Todavia, reconhece, logo às pág. 168: “Sob pena de inconstitucionalidade – e logo, de invalidade – cada acto há-de ser praticado apenas por quem possui *competência* constitucional para isso, há-de observar a *forma* e seguir o *processo* constitucionalmente prescritos e não pode contrariar, pelo seu *conteúdo*, nenhum princípio ou preceito constitucional”.

¹⁵ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual ...*, V, pág. 54. V., tb., SCHNAPP *apud* JORGE REIS NOVAIS, *Separação dos poderes ...*, pág. 36; e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, pág. 503.

¹⁶ V. Ac./TC nº 24/85, de 6 de Fevereiro, em sentido bastante restrito: “Ao exercitar a sua competência regulamentar, a Administração aplica directamente a Constituição ou actua-a através da lei intermediária. Nesta segunda alternativa, à Administração é proibido desobedecer à lei por inconstitucionalidade, desde logo, porque tal controlo cabe unicamente aos tribunais, difusamente, e ao Tribunal Constitucional, centralizadamente (art. 207º e 277º a 283º da Constituição)”.

¹⁷ Com argumento semelhante, CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso ...*, pág. 389 e seg.: “O Texto Constitucional poderia consagrar expressamente mesmo essa faculdade deferida a todos de examinar a adequação da norma à Constituição e de descumpri-la em caso de concluir pela negativa. Tal sistema é inviável, nunca tendo sido adotado em parte alguma, por equivaler na prática à supressão quase total da eficácia própria da lei. ... Tal situação não permitiria ao direito cumprir a sua eminente função de garantidor da ordem, da paz, da tranquilidade, que se expressa na presunção de legitimidade de todo ato público em geral. Ao conferir-se a qualquer um a competência de declarar uma lei inconstitucional, como escusa para o seu descumprimento, chegaríamos ao absurdo de ver o Executivo deixar de cobrar tributos, de efetuar prisões, de interditar estabelecimentos, toda vez que reputasse a lei como contrária à Constituição”. Em julgamento proferido em 1993, o STF acatou a tese contrária, contudo: “O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional” (Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Recurso Especial nº 23.121/92-GO, DJU de 8/11/93, pág. 23.521).

¹⁸ V. sobre o assunto, em especial, RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO, “O Argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo”, *RF*, Outubro – Dezembro, 1983, vol. 284, Ano 79, Rio de Janeiro, pág. 101 e seg.

pôr em risco o exercício imparcial da função jurisdicional). Por sua vez, também o Legislador (quer o Parlamento, quer o Executivo-Legislator) está especialmente vocacionado para a concepção do procedimento legislativo, para além de outras funções tradicionais, como, no caso do Congresso Nacional, a função de fiscalização e controle político do Executivo (pense-se na sua organização e composição interna próprias e na sua legitimidade democrática direta – no Brasil, inclusive do Chefe do Governo).

Do afirmado à justificação da presunção de constitucionalidade das leis não se colocam grandes distâncias¹⁹. Aliás, reitere-se que, nos termos do art. 97, da CF, “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais – salvo juízes monocráticos de 1ª instância – declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Portanto, vê-se que não se pode verdadeiramente compreender o princípio da separação dos poderes constitucionalmente consagrado se não se tiver em vista, além de seus fundamentos e suas raízes históricas, essa dimensão positiva que orienta a distribuição de competências constitucionais. Ora, os caracteres estruturais dos órgãos de soberania não podem ser olvidados nessa interpretação que pretende fornecer uma maior justeza, operacionalidade e eficácia às funções estatais primordiais²⁰. E as autoridades administrativas, ainda que dotadas de uma alta especialização técnica (por exemplo, lembre-se das autoridades administrativas independentes, as quais têm normalmente uma vertente de “tecnocracia”) não foram funcionalmente concebidas para o exercício do controle da constitucionalidade das leis.

Daí, mesmo que fosse possível extrair das disposições escritas da Constituição (ainda que numa interpretação mais “arrojada” e menos histórica do Direito) a qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como ordinariamente legítimo (no sentido de que tal faculdade ou incumbência é inerente à função que ela exercita), essa própria interpretação não seria legítima, no sentido de não estar juridicamente fundada.

Por outro lado, entendemos que a legitimidade do

“poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa não é também uma “impossibilidade jurídica”.

Isso porque a lei, apesar de ser a fonte por excelência da legalidade administrativa em sentido amplo (por ser o principal instrumento de explicitação dos interesses públicos a serem prosseguidos pela Administração Pública), bem como da juridicidade administrativa, não é a única. Atualmente, a Administração Pública está vinculada “a todo o Direito”²¹. Aliás, já se pode bem cogitar num grande “bloco de juridicidade administrativa” (com conteúdo hetero e autovinculante): Constituição, com inclusão de seus princípios relativos ao regime democrático, princípios fundamentais da atividade administrativa; direitos, liberdades e garantias individuais; leis infraconstitucionais; Direito Comunitário primário e derivado; princípios gerais do direito; normas infralegais; critérios de ética; critérios de economicidade; jurisprudência; usos e costumes; regulamentos; atos administrativos; contratos administrativos... “Em resumo, o direito não se reduz à lei, não se esgota ou exaure nela, antes coenvolve a actuação e aplicação unitária de um complexo de fontes, se se quiser, de um ‘sistema’”²². Nem sempre, concordamos, todas essas várias fontes do Direito Administrativo convergirão para um mesmo vértice, no caso, para a Constituição e serão compatíveis entre si²³.

Ademais, ressalte-se a relatividade do princípio da legalidade, sujeito a compressões e ponderações de variadas ordens, nomeadamente originárias do princípio da eficácia administrativa. Sendo assim, a heterovinculação da Administração Pública ao ato normativo primário, já não sendo plena (no sentido de absoluta), pode ainda ser sensivelmente reduzida pela concreta conformação de um outro princípio fundamental à atividade administrativa.

Ainda, há muito foram reconhecidas circunstâncias excepcionais nas quais o princípio da legalidade *stricto sensu* e em sua faceta mínima de não-contrariedade deveria ser posto em segundo plano por parte da Administração Pública, em nome de ponderosas razões²⁴. Aliás, isso não diz respeito às leis inconstitucionais diretamente; mas leis ineficazes para uma situação concreta, tendo em vista a sua especialidade. Por maioria de razão, em benefício do dogma da supremacia constitucional, rejeitamos a qualificação do “poder de rejeição

¹⁹ V., trazendo para a discussão a posição da doutrina, nesse ponto, RUI MEDEIROS, *A Decisão ...*, pág. 224. Mas, às pág. 266, esclarece, sob argumentos de JOÃO BAPTISTA MACHADO: “Toda a decisão do legislador, legitimada democraticamente, ‘é em si mesma portadora de uma presunção elidível de intrinsecamente adequada e justa. Desde que não seja possível demonstrar que essa decisão é falsa e uma outra verdadeira, tem de aceitar-se como correcta a decisão tomada pela instância institucionalmente organizada e definida como componente para a decisão”.

²⁰ Cf., aliás, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, pág. 1067: “A reserva de constituição não deve ser entendida em termos fixistas. Ela é compatível com a ideia de **desenvolvimento constitucional**. O chamado “núcleo duro” ou “essência constitucional” não deve ser compreendido (apenas!) a partir de paradigmas antigos.”

²¹ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Legalidade ...”, pág. 981: “Finalmente, nos regimes democráticos de tipo ocidental vigora o Estado social de Direito. Neste, o princípio da legalidade sofre algumas alterações importantes relativamente ao seu entendimento que dele tinha no Estado liberal. Naturalmente que é próximo do princípio da legalidade tal como ele foi concebido a seguir à Revolução Francesa nos regimes liberais, mas sofre algumas transformações. A primeira delas é que a ideia de *subordinação à lei* é completada pela ideia de *subordinação ao Direito*, no sentido de que não existe apenas um dever de obediência à lei, como lei ordinária, antes existe sobretudo um dever de obediência a mais qualquer coisa que a lei ordinária.” V. tb. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais ...*, pág. 70; e J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, pág. 923.

²² Cf. PAULO CASTRO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial ...*, pág. 240.

²³ Cf. EGON BOCKMANN MOREIRA, *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, Malheiros Editores, 2000, São Paulo, pág. 69, comentando exatamente o princípio da juridicidade inserido nessa lei brasileira: “a locução ‘conforme a lei e o Direito’ é de extrema importância. Determina que o agente cumpra a norma legal, com observância de todo o ordenamento jurídico. Ao distinguir os dois termos, o artigo disciplina que para o processo administrativo a lei não é a única fonte, nem tampouco pode ser interpretada de forma restrita”.

²⁴ Cf. CHARLES EISENMANN, “O Direito Administrativo ...”, pág. 67 e 68. Em Portugal, fala-se que o princípio da legalidade pode ser comprimido pelo Estado de Necessidade. V. VITAL MOREIRA, “Sumários de Direito Administrativo (2ª Turma) – Vinculação Jurídica da Administração”, pág. 5.

de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como uma “impossibilidade jurídica”.

Além disso, uma interpretação que *sempre* qualificasse de ilegítimo o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa já se apresentaria, à partida, de duvidosa subsistência, tendo em conta o seu próprio radicalismo (o que, aliás, facilitaria a sua refutação)²⁵, pode-se ainda trazer à baila, *v.g.*, a questão da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais (art. 5º, parágrafo único, da CF)²⁶.

Não se quer com isso, absolutamente, subestimar a força vinculante das demais disposições constitucionais, própria da validade e eficácia da Constituição como norma jurídica²⁷. Ora, “Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples concentrado de princípios *políticos*, cuja eficácia era a de simples *directivas* que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. Não se questiona, pois, a juridicidade, vinculatividade e actualidade das normas constitucionais”²⁸. Rechaçamos, por isso, a qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como uma eventual “impossibilidade jurídica”.

Com efeito, demonstrar-se-ia pouco (ou, quiçá, nada) sustentável a argumentação no sentido de que, estando defronte de uma lei que ofendesse grosseira e literalmente o núcleo essencial de um determinado direito fundamental, nada poderia fazer a Administração Pública senão cumpri-la, o que equivaleria dizer, afrontar o direito, maculá-lo em seu íntimo, em especial, um direito fundamental cuja eficácia irradia-se imediatamente da Carta Magna e, justamente por essa razão, sem a necessidade de qualquer auxílio do legislador infraconstitucional.

De fato, ainda que nenhum direito fundamental possa ser considerado “absolutamente absoluto”, *radicalizando a situação*, pense-se numa lei ordinária que atentasse diretamente contra o núcleo essencial do direito à vida, condenando a

morte todos os indivíduos que eventualmente deixassem de pagar as suas dívidas tributárias tempestivamente, não obstante o que reza o art. 5º, *caput*, e inciso LXVII, da CF. Apesar de tal hipótese ser fictícia (tendo em vista o atual estágio das concepções socioculturais e jurídicas), é certo que a Administração Pública não poderia dar cumprimento a tal mandamento legal. Ainda, valendo-se de um exemplo fornecido pela doutrina lusitana: “O funcionário ou agente administrativo deverá, porém, *desobedecer* a ordens concretas de aplicação de *leis inexistentes*, violadoras dos direitos fundamentais, quando elas implicarem a prática de um crime (art. 271º/3). Isto parece impor-se, designadamente, quando a aplicação da lei conduza à afectação do direito à vida ou integridade pessoal, direitos que nem em situação de estado-de-sítio podem ser suspensos (art. 19º/6)”²⁹.

Também como outra alternativa, imagine-se, por exemplo, uma determinada lei que viesse dispor, em situações regulares (não se cogita de estado de sítio, estado de emergência ou estado de defesa – art. 136 a 140 da CF), acerca da violabilidade plena do domicílio pela polícia, em contrariedade ao que consagra o art. 5º, XI, da CF; isto é, sem qualquer observância aos requisitos lá explicitados. O que deverá fazer a autoridade policial diante de um tal ato legal, cuja execução lhe fora ordenada de modo literal? Mais arrazoada será, certamente, uma interpretação da Constituição que possibilite uma solução para um tipo de situação como a desenhada (aliás, em termos razoáveis, também excepcional, tal e qual a medida saneadora a ser aplicada); de modo que fique resguardado o *status* daquele direito³⁰. Neste caso, mais arrazoada e justa será a decisão administrativa que recuse a execução da lei em sua literalidade, pelo menos até a existência de um mandado judicial autorizador.

Portanto, somente uma qualificação do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como extraordinariamente legítimo pode se compatibilizar, simultaneamente, com o conteúdo do princípio da separação

²⁵ Assim tb. ANTÔNIO CARILLO FLORES, “O Executivo e as Leis Inconstitucionais”, *AMJNI*, nº 30, Ano VII, Junho, 1949, pág. 31, 32 e 35, tendo como pano de fundo a Constituição Mexicana, o Autor salienta: “...creio que se há de aceitar, como conclusão forçada, que a regra constitucional é que o Executivo está obrigado a cumprir as leis do Congresso, inclusive se ele pensa que são inconstitucionais (se o veto não foi apostado nos termos do inciso “b” do art. 72, o projeto de lei “reputa aprovado” pelo Executivo e, se foi aprovado em tão importante ocasião, não é senão natural que toda dúvida posterior careça de significado e transcendência. Admitir o contrário levaria a dotar o Presidente de um poder indefinido e ilimitado ali aonde a Constituição quis que só gozasse dele por dez dias). ... É a regra absolutamente geral e não admite exceção em caso algum? Não chego, tampouco, a tal extremo. ... Como, com efeito, negar em absoluto que uma lei contrária a textos da Constituição seja obedecida com infração das supremas normas do país? Logicamente uma coisa não pode ser ao mesmo tempo falsa e verdadeira; em direito, ao contrário, uma lei pode ser – se não ao mesmo tempo, em momentos muito próximos – constitucional ou inconstitucional ...”.

²⁶ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais ...*: “A aplicabilidade directa dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias não visa, quanto a nós, apenas garantir a prevalência destes preceitos ao nível da *validade*, mas também ao nível da *aplicação*, incluindo, portanto, a sua *eficácia imediata*.”

²⁷ V. J. J. GOMES CANOTILHO, “¿Revisar la/o romper ...”, pág. 13; ou “Prefácio” da *Constituição Dirigente ...*, pág. V e seg.

²⁸ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos ...*, pág. 43.

²⁹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, pág. 418. Todavia, FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico ...*, pág. 438, afirma, com supedâneo nos argumentos de J. J. GOMES CANOTILHO, que a Administração não tem *qualquer* “poder de rejeição de leis inconstitucionais”, ainda que sejam materialmente inconstitucionais. Assim, especialmente num eventual conflito entre o princípio da igualdade e o princípio da legalidade, “A resposta não pode ser hesitante: a observância do princípio da legalidade deverá ter procedência em face da consideração do princípio da igualdade”. Diversamente, mas especificadamente em relação ao conflito entre os princípios da imparcialidade e da legalidade administrativa, MARIA TERESA DE MELO RIBEIRO, *O princípio da imparcialidade ...*, pág. 142 e seg., entendeu que a Administração deve dar prevalência ao primeiro princípio e rejeitar a lei inconstitucional pela sua ofensa.

³⁰ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais ...*, pág. 260: “Já será mais complicada a questão quando se trate de órgãos administrativos, em virtude da sujeição da actividade administrativa (regulamentar ou concreta) ao princípio da legalidade. Poderá admitir-se que a Administração, directamente obrigada pelos direitos fundamentais, possa ou deva não aplicar uma lei por a considerar inconstitucional?”. O Autor expõe a tese de BACHOF: “Segundo ele, a Administração *poderia e deveria* comprovar a constitucionalidade das normas a aplicar, embora deva partir de uma presunção de constitucionalidade – bastaria uma apresentação sumária susceptível de detectar sinais “patentes” de inconstitucionalidade. Se o órgão administrativo estivesse hierarquicamente subordinado, *deveria* comunicar as suas dúvidas ao superior ou pôr a questão ao Governo se se tratasse de um órgão de uma autarquia. Porém, se isso obrigasse a suspender a aplicação da lei, só poderia fazê-lo se não fosse contra o interesse público nem prejudicasse direitos individuais. Se a suspensão não fosse possível, teriam de optar pela aplicação ou não aplicação. *Teriam o dever* de não aplicação se a inconstitucionalidade da lei fosse *evidente*. Se o não fosse, *poderiam* não aplicar, mas só se, possuindo conhecimentos jurídicos para isso, estivesse *convencido* (não bastaria a dúvida) da inconstitucionalidade e se os efeitos negativos da não-aplicação não sobrelevasse os prejuízos que poderiam resultar da sua aplicação”.

dos poderes consagrado na CF e com a excepcionalidade da situação na qual deverá ser exercido esse poder³¹. Aqui se entende que está o “ponto chave” para a perfeita compreensão do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”: tentar harmonizar a sua natureza excepcional e limitada com a subordinação da Administração Pública à Constituição e com o mandamento de otimização da eficácia das normas constitucionais.

Conforme ressaltado por Paulo Otero, não obstante ao tratamento específico de leis inconstitucionais que ostensivamente violam os direitos e garantias fundamentais, o entendimento de que a Administração pode rejeitar a aplicação de um ato infraconstitucional inconstitucional “não envolve, sublinhe-se, qualquer reconhecimento da possibilidade do Poder Administrativo declarar a inconstitucionalidade de actos jurídicos. Admitir esta última solução seria adoptar uma interpretação frontalmente contrária ao modelo de repartição de poderes consagrado pela Constituição e atentar contra um elemento integrante do Estado de Direito”³².

Aliás, a autoridade administrativa não pode ser vista como *reles ou mediocre* executora dos comandos legais, como subordinada auxiliar do legislador. À Administração Pública compete a responsabilidade de prosseguir os interesses públicos legalmente definidos e da *melhor* forma possível. Este é o programa legal que lhe compete otimizar. E tal incumbência da autoridade administrativa coaduna-se com a legitimidade (em termos excepcionais) do “poder de rejeição de leis inconstitucionais”: a uma, porque se pressupõe aqui uma autoridade administrativa responsável e vinculada constitucionalmente, para além de “guardiã dos direitos fundamentais”³³; e, a duas, porque não se trata aqui de um “poder” que pretende subverter o regime administrativo (um “poder *ad terrorem*” consoante as palavras de Rui Medeiros³⁴), construído sobre as bases do princípio da legalidade administrativa; ao reverso, trata-se de um poder (limitado e moderado), alçado no princípio da constitucionalidade administrativa que finaliza, em últimos termos, com respeito ao princípio da juridicidade da atuação da Administração Pública, *atribuir uma maior eficácia possível às normas constitucionais*³⁵.

Deste modo, configurado está o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como *extraordinariamente* legítimo (cabível apenas em determinadas

circunstâncias, quando demonstrada a necessidade de seu exercício para a garantia da eficácia normativa dos preceitos constitucionais).

A característica invulgar e excepcional da legitimidade do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” certamente implicará variadas limitações de exercício, algumas das quais indicamos aqui, uma vez que a análise de cada uma delas extravasa o objetivo desse nosso breve trabalho:

a) a exigência de fundamentação do ato administrativo de não-aplicação da lei tida por inconstitucional, a fim de demonstrar o respeito ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade; b) a precariedade e a provisoriedade dos efeitos no tempo desse ato, isso em face da competência constitucional dos tribunais para o controle da constitucionalidade e para o controle dos atos administrativos, sendo certo que o ato de não-aplicação da lei inconstitucional não poderá gerar direito de tratamento igual para outros casos posteriores, até decisão judicial; c) a necessidade de que a autoridade competente para formular o ato de não-aplicação seja, em princípio, a autoridade máxima do correlativo ente, em razão dos princípios da hierarquia administrativa e da unidade da ação administrativa, atraindo para si, pois, a responsabilidade pela sua decisão e por eventuais danos dela decorrentes (art. 37, parágrafo 6º, da CF); d) justamente em decorrência do princípio da responsabilidade (intimamente relacionado ao princípio democrático) e da competência dos tribunais para o controle de constitucionalidade, há imprescindibilidade de a autoridade administrativa cientificar o Ministério Público de sua decisão, a fim de que exercite as suas atribuições no Poder Judiciário, se entender cabível, além do próprio poder legiferante autor da lei inaplicada, e tornar incondicionalmente pública a sua decisão administrativa.

Ora, sem a imposição desses limites, que se podem considerar inerentes ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa como extraordinariamente legítimo, o seu exercício passa a ser arbitrário e, daí, repellido (ou não reconhecido) pelo Direito³⁶. Por isso, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” se afigura ilegítimo se a autoridade administrativa tiver em vista paralisar ou distorcer a prossecução dos interesses públicos para os quais até então está especialmente vocacionada. Isso em consequência do princípio da supremacia do interesse público³⁷

³¹ Cf. TEMISTÓCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “Parecer”, pág. 46 e seg., sobre a pretérita Constituição brasileira, dotada de dispositivos análogos à CF em matéria de divisão horizontal de competências: “É de toda evidência que, em princípio, uma lei votada pelo poder legislativo e cuja execução dependa do poder executivo, deva merecer desse último poder toda atenção, a mais rigorosa obediência. ... Só, portanto, excepcionalmente, quando ocorrerem circunstâncias que imponham comportamento divergente do poder executivo, será lícito a este rebelar-se contra a aplicação de uma lei que contraria o interesse público, por ser inconstitucional. ... Nesse sentido é que se pode admitir a presunção e o reforço da autoridade do poder legislativo. ... Esta regra é conjugada com a outra que exige, evidentemente, que a inconstitucionalidade esteja acima de qualquer dúvida razoável (...), que haja razões poderosas para a sua decretação (...) ou, na expressão de João Barbalho, haja razões peremptórias”.

³² *In O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional* –, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. II, Lex Editora, Lisboa, 1995, pág. 536.

³³ Cf. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição* ..., pág. 537. V., ainda, o posicionamento análogo do Autor em relação ao comportamento da Administração Pública frente aos casos julgados inconstitucionais violadores dos preceitos constitucionais respeitantes dos direitos, liberdades e garantias, *in Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lex Edições, Lisboa, 1993, pág. 152 e seg.

³⁴ *In A Decisão* ..., pág. 265

³⁵ Aliás, o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99 dispõe que compete à autoridade administrativa, nos processos administrativos conceder: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

³⁶ Cf. NORBERTO BOBBIO *apud* CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Princípios Constitucionais* ..., pág. 105, nota: “o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente, o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário”.

³⁷ Apesar da dificuldade em definir abstratamente o que seja “interesse público”, tem-se o conceito de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso* ..., pág. 59: “... o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. V. art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99 e art. 266º/1º da CRP e art. 4º do CPA.

ou da finalidade pública³⁸; do princípio da continuidade do serviço público e do princípio da indisponibilidade das competências administrativas^{39/40}.

Com efeito, o legítimo “poder de rejeição de leis inconstitucionais” não pode significar uma libertação do múnus que impera sobre a autoridade administrativa: prosseguir o interesse público até então definido como tal e para o qual está especialmente direcionada, na qualidade de agente integrante da Administração Pública. Não se trata, evidentemente, de uma “carta de alforria”, com a qual a autoridade administrativa livra-se de sua competência constitucional, bem como do fim a que sua atividade se destina⁴¹. O “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa efetivamente não pode acarretar a implantação de uma “anarquia administrativa”⁴²; antes, aliás, o seu exercício pressupõe “responsabilidade e lealdade institucional”, tanto em relação aos demais Poderes do Estado (e suas correlativas competências), como para com a coletividade que a Administração Pública diretamente se relaciona. Ora, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” não pode deixar de pressupor um desenvolvimento atrelado ao princípio da segurança jurídica.

Assim, seria ilegítimo que a autoridade administrativa se valesse do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” com o fito de, designadamente, paralisar ou interromper as suas atividades de modo permanente ou *ad eternum* ou, ainda, renitente.

De fato, ainda que a suspensão das atividades se afigure necessária em face da desaplicação da lei que a autoridade competia executar, é de se intuir que providências devem ser tomadas por ela própria para que, na medida do possível e dentro dos quadros da ordem jurídica e da legalidade democrática, possa ser a controvérsia constitucional devidamente solvida e a juridicidade de seu ato de inaplicação devidamente fiscalizado jurisdicionalmente.

Do mesmo modo, seria absolutamente ilegítima (e repugnante) a atitude da autoridade administrativa que, fazendo uso de um ‘poder’ de rejeição, escusasse cumprir leis, com argumento na sua inconstitucionalidade, mas objetivando, em termos finais, de alguma forma, “retaliar” determinadas decisões políticas, sejam governamentais, sejam parlamentares. Efetivamente, o que se pretende com o reconhecimento do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa é conceder maior eficácia às normas constitucionais no âmbito da função administrativa e não, por

lógico, instituir recursos injurídicos para o enfrentamento das questões constitucionais. A rejeição administrativa da lei deve apresentar-se como realmente necessária à preservação da Constituição; mas, também, evidentemente, como pressuposto (*conditio sine qua non*) da eficácia da atividade que a autoridade está dirigida a executar.

Decerto, a intenção não é instituir um super Poder Administrativo (ou reforçar a posição institucional do Poder Executivo), pelo contrário, é robustecer a vinculação constitucional da Administração Pública e mitigar a sua posição de simples subalterna perante o legislador e, enfim, salientar que à autoridade administrativa, dentro das suas competências e responsabilidades, também recai a obrigação de maximizar a efetividade das normas constitucionais.

Por isso, apenas quando se afigurar ser medida exigível à juridicidade e à constitucionalidade da ação administrativa, pode se cogitar na legitimidade do exercício do extraordinário “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa.

3. CONCLUSÃO

Concluimos, assim, que, defronte do princípio da separação dos poderes concretamente constitucionalizado, o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” pela autoridade administrativa é apenas excepcionalmente legítimo e tal qualificação é a fonte de todos os seus muitos limites, estes não analisados nesse artigo. Efetivamente, em termos gerais, a lei inconstitucional é aprioristicamente heterovinculante para a autoridade administrativa.

Mas, por que tem sentido falarmos no exercício do “poder de rejeição de leis inconstitucionais” extraordinariamente legítimo pela autoridade administrativa, mormente quando todos os tribunais brasileiros têm competência para o exercício da fiscalização concreta da constitucionalidade das leis ?

Conforme aduzimos, o objetivo primeiro desse poder é viabilizar uma maior eficácia possível às normas constitucionais na esfera da Administração Pública. Com isso, outorga-se à autoridade administrativa um papel mais ativo e responsável no cumprimento da função que constitucionalmente lhe compete exercer. Nesse sentido, acreditamos que o “poder de rejeição de leis inconstitucionais” excepcionalmente legítimo não é mais do que um efeito bem específico do princípio da juridicidade administrativa, no sentido da vinculação e do respeito da Administração Pública, não somente à Constituição, não somente à lei, mas a todo o Direito.

³⁸ Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito ...*, pág. 68.

³⁹ V. art. 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.784/99 e art. 29º do CPA.

⁴⁰ V., por todos, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito ...*, pág. 603 e seg.

⁴¹ Ilustrando essa questão, mas num contexto diverso, ANTÔNIO CARILLO FLORES, “O Executivo ...”, pág. 36, conclui o seu entendimento: “Por isto, o empenho de obrigar os órgãos do Governo a exercer ainda contra a vontade deles mesmos a delicada função de examinar a constitucionalidade das leis, capacitando-os, assim, para desobedecê-las, quando precisamente a sua principal tarefa dever ser de acatá-las, me recorda a deliciosa moça de uma bela novela de aventuras que se entretinha em fazer andar para trás o seu relógio, ‘rindo-se das pecinhas que cumpriam com o seu dever equivocado’. Só que os frutos que mui provavelmente se logriam conceder ao Executivo, de modo geral, a exorbitante autoridade de não cumprir com as leis quando as julgasse inconstitucionais, talvez não provocasse risos, porém lamentos”.

⁴² Cf. RUI MEDEIROS, *A Decisão ...*, pág. 265.

4. INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS.

- AMARAL, Diogo Freitas; *Curso de Direito Administrativo*; vol. 1; 2ª edição; Livraria Almedina; Coimbra; 2000;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de; *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*; Livraria Almedina; Coimbra; 1998;
- BASTOS, Celso Antônio Ribeiro; *Curso de Direito Constitucional*; 20ª edição; Editora Saraiva; São Paulo; 1999;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*; 3ª edição; Livraria Almedina; Coimbra; 1999;
- _____; “Constituição e Direito Administrativo (A Constituição Administrativa Portuguesa)”; *AB VNO AD OMNES*; encarte dos 75 anos da Coimbra Editora; Coimbra; 1995;
- _____; “Prefácio”, in *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*; Coimbra Editora; Coimbra; 2001 (texto também publicado em *REDC*, Ano 15, nº 43, Ener – Abril, 1995, pág. 9 e seg, sob o título “¿Revisar la/o Romper com la Constitución Dirigente? – Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”);
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e Vital Moreira; *Constituição da República Portuguesa Anotada*; 3ª edição; Coimbra Editora; Coimbra; 1993;
- CAVALCANTI, Temístocles Brandão; “Parecer”; *AMJNI*; Ano XXIII, Rio de Janeiro; 1965, pág. 46 e seg.;
- CORREIA, Fernando Alves; *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*; Dissertação de Doutoramento; Livraria Almedina; Coimbra; 1989;
- CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto; *Responsabilidade do Estado e Dever de Indenizar do Legislador*; Coimbra Editora; Coimbra; 1998;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; *Direito Administrativo*; 13ª edição; Editora Atlas; São Paulo; 2001;
- EISENMANN, Charles; “O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade”; *RDA*; Fundação Getúlio Vargas, vol. 56; 1959, Rio de Janeiro, pág. 47 e seg.;
- FLORES, Antônio Carillo, “O Executivo e as Leis Inconstitucionais”, *AMJNI*, Ano VII, nº 30, Junho, Rio de Janeiro, 1949, pág. 27 e seg.;
- HESSE, Konrad; *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*; Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998;
- MEDIROS, Rui; *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*; Universidade Católica Editora; Lisboa; 1999;
- MELLO, Antônio Bandeira de; *Curso de Direito Administrativo*; 13ª edição; Malheiros Editores; São Paulo; 2001;
- MENDES, Gilmar Ferreira; “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade”, *AMJ*, vol. 48, nº 186, Julho – Dezembro, 1995, pág. 41 e seg.
- MIRANDA, Jorge; “Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Mestre Rui Medeiros”, *DJ – RFDUCP*, Tomo 2, 1999, pág. 259 e seg.
- _____; *Manual do Direito Constitucional*; Tomo V; 3ª edição; Coimbra Editora; Coimbra; 2000;
- MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros; “O Argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo”; *RF*; vol. 284; Ano 79, Outubro – Dezembro, Rio de Janeiro. 1983, pág. 101 e seg.;
- MOREIRA, Egon Bockmann; *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*; Malheiros Editores; São Paulo; 2000;
- MOREIRA, Vital; “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional”; in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*; Coimbra Editora; Coimbra; 1995, pág. 177 e seg.;
- NOVAIS, Jorge Reis; *Separação dos Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República*; Lex; Lisboa; 1997;
- OTERO, Paulo; *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento Dogmático-Constitucional*, Lex Edições, 1995;
- PIÇARRA, Nuno; *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*; Coimbra Editora; Coimbra; 1989;
- POMODORO, Sergio; “Di um Sindicato degli organi amministrativi sulla contituzionalità delle leggi”; *RTDP*; Ano IX; Milano, 1959, pág. 529 e seg.;
- RANGEL, Paulo Castro; *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001,
- RIBEIRO, Maria Teresa de Melo; *O Princípio da Imparcialidade na Administração Pública*; Livraria Almedina, Coimbra; 1996;
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; *Princípios Constitucionais da Administração Pública*; Editora Del Rey; Belo Horizonte; 1994;
- SARAIVA, Oscar; “Parecer”; *RF*; Ano XLV; vol. CXVI; Fascículo 537; Rio de Janeiro; 1948, pág. 42 e seg.;
- SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José; “Sobre el Principio de la Separación de Poderes”; *REP*; Nueva Época, nº 24; 1981, pág. 215 e seg.

2. ENTREVISTA

2.1 Maria Garcia

MPMG JURÍDICO: O que a senhora entende por direito de resistência? Esse direito tem sido exercido adequadamente no Brasil?

MARIA GARCIA: *O direito fundamental de resistência à opressão*, consagrado expressamente no artigo 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelece que são direitos naturais e imprescritíveis do homem, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Esse direito tem origem imemorial: acompanha o ser humano desde sempre porquanto é inerente ao *direito à liberdade*, já manifestado no Gênesis e na História. Numerosos são os eventos e os feitos humanos em defesa desse direito.

Desde logo, o *direito à liberdade* é expressão que representa um bem da vida juridicamente delimitado. É dizer, a liberdade entrevista pela óptica do Direito e como tal ordenada num determinado sistema jurídico, de acordo com as regras reguladoras de seus contornos e condições.

Kelsen, para quem o conceito de liberdade adquire um sentido negativo (na medida em que a conduta é permitida porquanto não proibida pela ordem jurídica) ressalva que fica garantido um mínimo de liberdade, de ausência de vinculação jurídica de modo que haverá sempre uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição.

Como seja, importa à própria compreensão do ser-humano enquanto tal, a concepção da liberdade enquanto ação — a possibilidade de agir, entendida como o âmbito da existência humana.

Liberdade é um poder de atuação do ser humano em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade, afirma José Afonso da Silva, explicando como ao Direito Positivo interessa a liberdade objetiva, exatamente a liberdade-ação e, nesse sentido, refere *liberdades*, significando as suas variadas expressões exteriores.

Levantar a questão — o que é a liberdade? — parece ser uma empresa irrealizável, afirma Hannah Arendt, dizendo que, para a Política, o problema é crucial, é o campo em que a liberdade sempre foi conhecida, não como um problema, mas como um fato da vida cotidiana: sem um âmbito público politicamente assegurado falta à liberdade o espaço concreto onde aparecer.

A ação, na medida em que é livre, brota, não sob a direção do intelecto ou dos ditames da vontade, mas de algo que surge da

análise de Montesquieu sobre as formas de governo: de um princípio. Princípios não operam no interior do *eu* como os motivos, mas do exterior, são amplos, gerais, embora possam inspirar os atos. A sua validade é universal, não se ligando a nenhuma pessoa ou grupo em especial; entretanto, a manifestação de princípios se dá através da ação e enquanto dura a ação e não mais. O surgir da liberdade, assim como a manifestação dos princípios coincide sempre com o ato em realização.

E daí a conhecida sentença de Arendt: os homens *são* livres enquanto agem, nem antes, nem depois; pois *ser* livre e agir são uma mesma coisa.

A liberdade, portanto, é o instrumento de manifestação de princípios, quais sejam.

A liberdade é poder de autodeterminação e, no âmbito do Direito, as *liberdades públicas* são poderes de autodeterminação, consagrados pela Constituição — o que leva à consideração das imensas possibilidades do desenvolvimento integral da personalidade humana.

E, dentro desse quadro, a realização em termos de *cidadania*, o ápice do direito à liberdade, “o direito a ter direitos”, no entender de Hannah Arendt. Para a filósofa que esteve por muitos anos sem cidadania os direitos humanos pressupõem a cidadania. A privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana uma vez que o ser humano, privado do seu estatuto político perde as possibilidades de ser, de pleitear, de exigir. Perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como *um semelhante*.

Portanto, entre os direitos da cidadania, e aqui está o ponto de vinculação com o direito de resistência, *a desobediência civil*.

Explico: o direito de resistência abrange dois momentos ou modos de manifestação: (1) *o direito de revolução*, o qual ocorre, segundo Kelsen, quando a ordem legal de uma comunidade é anulada e substituída por uma nova ordem por meios ilegítimos, isto é, não previstos pela ordem jurídica anterior e (2) pela *desobediência civil*, a forma particular de resistência ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato de autoridade, para sua revogação ou anulação, quando ofensivos à ordem constitucional ou a direitos e/ou liberdades fundamentais, como garantia das prerrogativas inerentes à cidadania..

A *desobediência civil* processa-se, portanto, dentro da ordem jurídica, decorrendo do disposto no § 2º, art. 5º da Constituição Federal, como garantia das prerrogativas da cidadania,



Maria Garcia

Fernando A. Fagundes Reis

A jurista Maria Garcia ilustra esta entrevista, especialmente concedida ao Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional, Fernando Antônio Fagundes Reis. A professora é livre-docente em Direito do Estado, professora de Direito Constitucional e Direito Educacional pela PUC/SP. Procuradora do Estado aposentada. Ex-Assessora Jurídica da Reitoria da USP. Membro da CoBi – Comissão de Bioética do HCFMUSP, do IASP, do IBDC e da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Além de inúmeros artigos, Garcia é autora de *Limites da Ciência, A Cidade e Seu Estatuto e Desobediência Civil: Direito Fundamental*. Alguns assuntos que tangenciam a sua obra são aqui versados pela professora: direito de resistência, evolução do direito constitucional no Brasil, objetivos fundamentais da República e o papel constitucional reservado ao Ministério Público na CF de 1988.

princípio fundamental do Estado (Constituição, art. 1º, II).

Exemplo recente do exercício da desobediência civil encontra-se no movimento que ocorre no Rio de Janeiro, pelo não-pagamento imediato do IPTU para cobrar melhores serviços da administração.

O outro exemplo: antigo, extraordinário, fulgurante e honroso para a História do Brasil e todos nós, é a Inconfidência Mineira, contemporânea à Revolução Francesa (1789) e imbuída dos mesmos princípios libertários, que propiciou ao Presidente Tancredo Neves proclamar a frase famosa: “Se todos quisermos, dizia-nos, há quase 200 anos, Tiradentes, aquele herói enlouquecido de esperança, poderemos fazer deste País uma grande Nação”.

MPMG JURÍDICO: Quais são as principais transformações que têm ocorrido no Direito em tempos atuais?

MARIA GARCIA: O Direito é um mistério — o mistério do princípio e do fim da sociabilidade humana, diz Tercio Sampaio Ferraz Junior, numa das melhores acepções a respeito do fenômeno jurídico.

Como *fenômeno social*, entretanto, o Direito acompanha a dinâmica do viver e conviver dos grupos humanos, na sua compreensão de objeto do conhecimento humano, qualificado e delimitado pela relação com o homem.

Daí as transformações que ocorrem e que o seu estudo revela e, a propósito, dois aspectos gerais que têm sido objeto de estudos mais constantes: a constitucionalização do direito privado e a internacionalização do direito constitucional — sendo este, por definição, o ramo fundamentador dos demais ramos do Direito. Nessa conformidade, no campo do direito privado, os estudos voltam-se para o cume constitucional.

Miguel Reale ensina que um dos fatos jurídicos mais relevantes de nosso tempo é a constitucionalização do direito civil, em virtude de as disposições fundamentais deste ascenderem ao plano constitucional, tal fato que é resultado do que poderíamos considerar uma conseqüência da experiência dos valores sociais básicos. Refere-se a valores que adquiriram tamanha força que eles, na imanência mesma da vida coletiva, já atuam como se fossem inatos, como os da pessoa humana e da democracia, o ecológico, isto é, do direito ao meio ambiente saudável, como determina o art. 225 da Constituição e que Reale denomina *invariantes axiológicas* cuja existência é a superação do relativismo, pois se trata do reconhecimento de que há valores que se projetam na sociedade e na cultura como algo enraizado e permanente. Ele exemplifica com o art. 5º da Constituição de 1988 e outras disposições que proclamam a supremacia desses valores, a começar pela dignidade da pessoa humana — fundamento do Estado (art. 1º, III) e o inciso X do art. 5º, consagrando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; o art. 226, destinado à família, “base da sociedade” a qual terá especial proteção do Estado”, entre outros exemplos, mostrando a crescente constitucionalização do direito civil.

Celso Albuquerque Mello tem obra específica sobre direito constitucional internacional cujas normas regulam as relações exteriores do Estado e que, na Constituição de 1988, encontram-se no art. 4º como *princípios* que regem as relações internacionais do Brasil.

Por outro lado, o chamado neoconstitucionalismo (ao nosso ver, apenas o constitucionalismo do século XXI) traz novos enfoques na questão da Hermenêutica Constitucional e,

de certa forma, um modo de atualização do juspositivismo e do jusnaturalismo do nosso século. Constitucionalismo, no dizer do saudoso Prof. Celso Bastos, é um movimento ideológico e político, que se cristalizou no século XVIII, em oposição ao absolutismo monárquico e que se manifesta pela implementação de normas jurídicas, racionais e obrigatórias, para governantes e governados. Como “movimento”, o constitucionalismo é algo dinâmico, que se reproduz na dinâmica social, adquirindo, portanto, novos e diferenciados aspectos, sem perda da sua natureza constitucional, de fundamento do “pacto fundante”, conforme expressa Canotilho. Assim, o constitucionalismo do século XXI, que, conforme esclarece Luigi Ferrajoli, demonstra-se como um movimento em que a validade das normas não tem mais uma conotação apenas formal, mas dependente dos conteúdos das decisões que devem adequar-se aos novos princípios positivos do Direito internacional de tal forma, diz Ferrajoli que hoje o jusnaturalismo constitucional desempenha, em relação ao direito vigente o mesmo papel crítico e normativo desempenhado outrora pelo jusnaturalismo. Daí caminha-se para a aclamação dos direitos humanos como direitos universais, do homem universal do século XXI.

MPMG JURÍDICO: Como tem sido a evolução do direito constitucional no Brasil após a Constituição Federal de 1988? Quais os pontos de avanço e retrocesso?

MARIA GARCIA: A Constituição imperial de 1824 já mostra que o direito constitucional, no Brasil, tem acompanhado as correntes do pensamento jurídico e a sua característica fundamental, conforme expõe Canotilho, é um intertexto aberto: abrange experiências constitucionais, nacionais e estrangeiras, acolhe idéias de filósofos, pensadores e políticos. Ele utiliza uma figura interessante para explicar isso: a sua gravitação não é apenas rotação em torno de si mesmo, mas de translação perante outras galáxias do saber humano.

Muitos são os pontos de avanço. A Constituição de 1988 trouxe, entre tantos outros, o *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI) sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Direitos existem para serem exercidos, não se concebendo que, uma vez consagrados na Constituição, permaneçam os seus destinatários no aguardo da iniciativa de quem quer que seja.

Outro momento importante da Constituição de 1988 refere-se aos Tribunais de Contas. O art. 71, que enumera as competências, utiliza no inciso II a palavra “julgar”, muito significativa das novas funções do Tribunal que, de acordo com o inciso X, poderá “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”. Não se trata, portanto, de mero órgão opinativo e suas decisões deverão merecer a consideração devida para sua observância que é essa a finalidade do seu patamar constitucional.

Retrocesso, por exemplo, é não ter admitido a iniciativa popular a *qualquer cidadão*, pendente que se encontra de providências que apenas dificultam o exercício do direito, sem beneficiar quer cidadãos, quer instituições, na concretização do princípio democrático consubstanciado no art. 1º.

Outro ponto de retrocesso, se assim se pode chamar, diz respeito às medidas provisórias: medidas de natureza legislativa atribuídas ao Poder Executivo, têm origem no regime parlamentar de governo. Implantadas no Brasil pelo artigo 62 da Constituição, permaneceram como elemento estranho no sistema constitu-

nal mesmo após o plebiscito que decidiu pela continuidade do regime presidencialista. O que denota a tendência centralizadora do exercício do poder, em nosso País, é a reiteração de medidas provisórias, apesar da redação determinante desse dispositivo pelo qual, não convertida em lei, a medida provisória perderia eficácia, cabendo ao Congresso Nacional cuidar dos efeitos causados na sua vigência.

Daí a Emenda Constitucional nº 32, de 2001 que estabeleceu limite de matérias e outras condicionantes, mas nada dispôs sobre o essencial, isto é, sobre uma medida de *regime parlamentar* de governo (portanto, estranha ao presidencialismo) e *com força de lei*, possibilitada a sua reedição, no que se constituiu por sucessivos governos, a quebra do princípio pétreo da separação de Poderes e na usurpação, pelo Executivo, da função legislativa de quem constitucionalmente a detém, o Poder Legislativo do povo soberano.

Por temor injustificado ao decreto-lei, da tradição de nosso Direito que, ademais, previa matéria específica, deixou-se de enfrentar o problema, já na fase das Emendas Revisionais, de modo que a Constituição de 1988, excessivamente emendada em tão poucos anos – registre-se, imediatista e injustificadamente, em muitas das emendas – traz essa nódoa, originada da falta de correta interpretação da norma constitucional.

MPMG JURÍDICO: Como vê o Ministério Público, como instituição constitucional?

MARIA GARCIA: *Instituições*, refere Jean-Louis Bergel, autor de uma Teoria Geral do Direito, são conjuntos orgânicos e sistemáticos de regras jurídicas que regem uma manifestação permanente e abstrata da sociedade. São instrumentos do Direito, pelos quais ele se realiza em áreas da vida social.

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” — é o que dispõe a Constituição Federal, art. 127.

Corresponde perfeitamente à descrição da doutrina e verifica-se nessa disposição constitucional toda a importante atuação destinada ao Ministério Público. E, para tanto, estabeleceu-lhe a Constituição, art. 129, uma série precisa de funções denominadas *institucionais*, portanto inerentes à instituição e incontornáveis que atribuem ao Ministério Público uma posição extraordinária, em especial ali onde os indivíduos, por si mesmos, nada poderiam fazer. Funções, portanto, que devem ser rigorosamente preservadas.

MPMG JURÍDICO: Conforme seu entendimento, o art. 3º da Constituição Federal tem sido observado pelo setor político do País? Em caso negativo, quais são as medidas a serem tomadas para a implementação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no referido dispositivo?

MARIA GARCIA: Vamos lembrar: o art. 3º da Constituição Federal estabelece, como objetivos fundamentais do País: “I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; e IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Como se verifica, são objetivos amplos, de significado profundo, chegando até os alicerces da sociedade brasileira e é

nesta que esses objetivos terão de ser concretizados. Trata-se de tarefa de gerações, portanto.

Por outro lado, a Constituição é um pacto projetivo e educativo: aponta caminhos. Sociedade e governo têm de palmilhar juntos esses caminhos.

Não, não vejo que a classe política tenha se preocupado da observância desses indicativos constitucionais e são muitos os motivos a apontar, evidentemente, em traços gerais, dado o espaço e finalidade desta entrevista: *primeiro*, porque tornou-se uma *classe* e, nessa conformidade, voltada para seus privilégios, os jornais nos informam constantemente sobre isso; *segundo*, conforme vemos em Kelsen, a representatividade, autêntica e expressiva a partir de Sieyès, deixou de sê-lo. Há necessidade de rever, em profundidade, o papel dos partidos políticos em número, programa de governo, fidelidade, revogação de mandatos etc. *Terceiro*, o número de representantes demonstra-se excessivo, é necessário rever e estabelecer um novo sistema: para maior possibilidade de atuação em conjunto, maior controle e fiscalização pelos cidadãos. A democracia não se ressentirá disso, bem ao contrário porquanto haverá efetiva participação de um e de outro lado, o povo soberano e o parlamento; *quarto*, uma escola de governo de frequência obrigatória, com módulos e níveis diversificados. Haverá outras motivações, por certo. Essas parecem-me básicas e impostergáveis.

Os objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição somente serão implementados, ao longo do tempo (e estamos dramaticamente atrasados) mediante *educação, saúde e assistência social*, mediante investimentos maciços, preferencialmente destinados a essas áreas, a educação em especial, alavanca dos demais. Lembro, a propósito, as palavras do Prof. Sampaio Dória: duas são as formas extremas de governo, autocracia ou democracia. Nas autocracias, quanto mais ignorante o povo, melhor. Quando muito, monopolizar o governo a educação, para fanatizar as massas e silenciá-las no trabalho. Nas democracias, quanto mais educado o povo “na escola da liberdade”, melhor. Quando muito, intervenha o Estado para suprir deficiências. E sua conclusão: “A educação é o problema básico da democracia.”

MPMG JURÍDICO: Qual mensagem deixa para o Ministério Público do Estado de Minas Gerais?

MARIA GARCIA: Recebi a Revista MPMG Jurídico nº 8/2007 – que agradeço – e verifiquei as matérias nela constantes, da mais alta importância e é através dela que me dirijo ao Ministério Público de Minas Gerais: uma palavra, na capa, chamou-me à atenção, em especial: *Disseminare* que, em última análise, significa *semear*, precisamente uma das mais nobres tarefas do ser humano, conforme as belíssimas palavras da parábola: “Eis que saiu o semeador a semear...”

Em especial, também, detive-me no estudo do Prof. Gregório Assagra de Almeida sobre a estatura constitucional do Ministério Público, sob a epígrafe das palavras de Paulo Bonavides que merecem repetir: “O Ministério Público 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”.

Sublinho: O Ministério Público é a Constituição em ação, salvaguarda das instituições. Perseverem nessa honrosa tarefa constitucional, semeando a Justiça — ideal em que todos estamos empenhados.

2.2 Eduardo Cambi

MPMG JURÍDICO: A judicialização das políticas públicas encontra amparo constitucional?

EDUARDO CAMBI: Primeiro, é preciso esclarecer que não há separação entre questões jurídicas e políticas. Existem questões constitucionais. A Constituição, ao incorporar as lutas sociais pela obtenção de direitos fundamentais sociais, judicializou a política. Direitos Constitucionais são Direitos Políticos. Os direitos fundamentais sociais trazem acoplados, em si mesmos, políticas públicas. Afinal, sem condições materiais mínimas para a sua efetivação, tais direitos fundamentais acabam sendo meras promessas constitucionais não cumpridas.

MPMG JURÍDICO: Quando é cabível o controle judicial de políticas públicas?

EDUARDO CAMBI: Todos os Poderes estão vinculados à Constituição. Logo, cabe ao Judiciário levar a sério a Constituição, não podendo o juiz constitucional autolimitar-se no exercício dos seus poderes (teoria do *self-restraint*), sob o pretexto de tratar de “questões políticas”. Verificada a inconstitucionalidade (por ação ou omissão), deve o Judiciário dar efetividade aos direitos fundamentais. Desta forma, o juiz constitucional, ao fazer valer a Constituição, não está usurpando poderes do Legislativo ou do Executivo, porque não está “criando nada de novo”, mas apenas dando efetividade à política pública acoplada ao direito fundamental violado. Com efeito, não se quer transformar o Judiciário no responsável político pelos gastos públicos. Não se pretende criar um “Estado Judicial”. Quer-se apenas que o Judiciário, de modo secundário, exerça a jurisdição tão-somente quando verificada a inconstitucionalidade (por ação ou omissão).

MPMG JURÍDICO: Qual é a natureza jurídica no plano do provimento jurisdicional da ação civil pública ajuizada para a implementação de políticas públicas?

EDUARDO CAMBI: Geralmente, está-se lidando com obrigações de fazer ou não fazer. Sendo assim, via de regra, o provimento é mandamental. Isso facilita a sua execução, pois prescinde de um processo de execução autônomo, permitindo a utilização da técnica do artigo 461 do CPC, na qual o próprio juiz constitucional pode dar efetividade à sua decisão, escolhendo as medidas mais adequadas (entre o rol exemplificativo do par. 5º deste artigo) para a realização do direito fundamental.

MPMG JURÍDICO: Quais políticas públicas poderão ser objeto de controle judicial?

EDUARDO CAMBI: Todos os direitos fundamentais – nomeadamente os sociais, econômicos e culturais – por vincula-

rem e exigirem do Estado obrigações de fazer ou não fazer podem ser objeto do controle judicial. Importante consignar que a lesão ao direito não precisa estar consubstanciada para que a tutela jurisdicional seja pleiteada. O artigo 5º, inc. XXXV, da CF, ao assegurar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva, permite que o mero risco de lesão seja objeto de tutela inibitória, evitando que direitos fundamentais – como os do consumidor e os referentes ao meio ambiente – sejam protegidos, ainda que haja mero risco de lesão.

MPMG JURÍDICO: O senhor concorda com a adoção no Brasil da denominada “cláusula da reserva do possível”?

EDUARDO CAMBI: Sim e não. Evidentemente que a realização dos direitos fundamentais tem um custo e que o Estado não tem condições de realizar todos os direitos de uma só vez. Como bem explica Rodolfo Arando, a Constituição não é como uma “lâmpada de Aladin” que permite que todos os nossos desejos sejam transformados, imediatamente, em realidade. Todavia, levar a sério a Constituição significa exigir dos juízes a fundamentação adequada de suas decisões, com base nos princípios jurídicos objetivos que a Lei Fundamental oferece. Em países de modernidade tardia como o Brasil, os direitos fundamentais que se inserem naquilo que se pode compreender como “mínimo existencial” (como os direitos à educação e à saúde) devem ter prioridade na sua realização. Assim, dentro da idéia de garantismo (conceituada por Ferrajoli como a “outra cara do neoconstitucionalismo”), isto é, na perspectiva de que os direitos fundamentais (notadamente, os que podem ser

inseridos no “mínimo existencial”) devem ser garantidos e satisfeitos concretamente, não é exculpável que o Poder Público não assegure as condições materiais mínimas para a realização destes direitos. Essa perspectiva, aliás, não é sequer uma novidade, pois, além de defendida pela doutrina, foi incorporada pela decisão do STF, na ADPC 45-MC/DF (j. 29.04.2004), em que foi relator o Min. Celso de Mello. Portanto, a “cláusula da reserva do possível” não é um limitador absoluto à realização dos direitos fundamentais sociais, permitindo que o Judiciário, a partir de uma ação civil pública, por exemplo, analise como estão sendo executadas as leis orçamentárias. Por outro lado, deve prevalecer a “reserva da consistência”, isto é, o Judiciário somente deve intervir quando houver argumentos razoáveis para a implementação das políticas públicas. O abuso no controle, a despeito da análise orçamentária, contribuiria para o descrédito das decisões judiciais e dos mecanismos (como, por exemplo, a ação civil pública) predispostos a tal controle. A questão, destarte, descola-se para a legitimidade das



Durante as comemorações da Semana do Ministério Público em 2007 na Procuradoria-Geral de Justiça, o MPMG Jurídico entrevistou um dos mais destacados processualistas brasileiros: o Professor Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi.

Eduardo Cambi é Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná, além de ser docente e pesquisador da Universidade Estadual do Paraná. O nosso entrevistado é autor de importantes livros na área do processo civil, de vários artigos publicados nas mais conceituadas revistas jurídicas do País, tendo também participado em capítulos de inúmeras outras obras doutrinárias.

Em conversa com o Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida, Cambi falou sobre relevantes temas, como o controle judicial de políticas públicas, a questão da prova enquanto direito fundamental no processo moderno e a relação entre o neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.

decisões judiciais e, portanto, o seu necessário controle.

MPMG JURÍDICO: A falta de previsão orçamentária deve ser obstáculo ao controle judicial de políticas públicas?

EDUARDO CAMBI: Deve ser destacado, inicialmente, que nem o legislador tampouco o administrador possuem *ampla liberdade para incluir no sistema orçamentário o que bem quiserem*. É indispensável que sejam observadas as limitações formais e materiais, impostas pela Constituição Federal, em relação aos gastos públicos. Primeiro, há que ficar demonstrada a *origem das receitas* e o *destino das despesas e investimentos*, em conformidade com as *três leis orçamentárias* (a Lei do Plano Plurianual, a de Diretrizes Orçamentárias e a Orçamentária Anual). Ainda sobre os aspectos formais, quanto às receitas, o legislador há de respeitar, antes de tirar recursos da sociedade, *princípios como o da reserva legal tributária, da anterioridade e o da irretroatividade*. E, quanto às *despesas*, os gastos públicos estão limitados formalmente pelo princípio da *não-afetação*, tendo a Constituição Federal impedido que *o legislador gaste como bem-quiser*, estabelecendo *vinculações entre as despesas e as receitas* (v.g., art. 167, inc. IV, CF; limitações com pessoal: art. 169/CF; com educação: art. 212/CF; com saúde: art. 198, par. 2º e 3º, CF). Em síntese, a realização dos direitos fundamentais depende de políticas públicas e o Governo não pode gastar sem respeitar o que estabelece a Constituição. É possível, no entanto, para além de limites formais, traçar limitações materiais, exigindo que o legislador e o administrador utilizem os recursos públicos de modo a realizar o “mínimo existencial”, concretizando os *objetivos traçados no artigo 3º da CF*. Cada uma dessas situações deve ser analisada diante do caso concreto, antes de se aceitar a alegação de falta de previsão orçamentária como óbice para o controle judicial de políticas públicas. Assim, não basta ao Poder Público dizer que não possui recursos, pois, conforme o artigo 333, inciso II, do CPC, quem alega fato impeditivo da existência de um direito deve prová-lo. O Poder Público deve demonstrar, especificamente, que *inexistem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais*, isto é, para usar uma expressão do Min. Eros Roberto Grau, que há *exaustão orçamentária*. Ademais, a *simples alegação de ausência de previsão orçamentária*, por sua vez, pode implicar o descumprimento dos limites formais previstos na Constituição (v.g., com educação: art. 212/CF; com saúde: art. 198, par. 2º e 3º, CF). Por fim, pode ficar comprovado que, embora os gastos mínimos sejam utilizados, haja *descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram o mínimo existencial*. É conhecido, por exemplo, o caso de determinada Prefeitura em Santa Catarina que, não obstante a ausência de vagas suficientes nas suas creches, preferia gastar o dinheiro público na manutenção de um time de futebol local. Em situações limites como esta, defendo o *afastamento do princípio da legalidade das despesas públicas* que não pode sobrepor ao controle judicial das políticas públicas, já que isto é uma consequência inerente ao princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário que, por ser um *princípio orgânico da Constituição*, deve ser atribuído um peso maior, salvo se restar demonstrada a *exaustão orçamentária*, como escreveu Eros Grau.

MPMG JURÍDICO: O senhor publicou, recentemente, pela Editora Revista dos Tribunais, um excelente livro sobre “A

Prova Civil”. Quais são as justificativas para o senhor tratar a prova como direito fundamental?

EDUARDO CAMBI: Já na minha primeira obra sobre o assunto (*Direito constitucional à prova no processo civil*), publicado pela Editora RT, em 2001, verifiquei que o fenômeno probatório vem sendo analisado, sobretudo, em seu aspecto *negativo*, do *onus probandi*. Entretanto, a prova não é algo que deve ser tratado pelo juiz como uma situação eminentemente negativa, isto é, o problema da prova não se resume à regra de julgamento, quando não se verifica que os fatos alegados não foram, total ou parcialmente provados. É preciso estudar a prova no contexto de suas funções demonstrativa e argumentativa, conciliando ambas as perspectivas. A prova se destina à reconstrução dos fatos no processo (logo, aqui se coloca o problema da verdade processual), mas, como a verdade absoluta é inatingível por qualquer mecanismo científico, o que se obtém são maiores ou menores graus de probabilidade, o que implica dizer que a prova é, quanto às questões fáticas, o argumento mais importante das partes para buscar o convencimento judicial. Assim sendo, a prova não pode ser tratada como um mero ônus e, sim, como uma garantia fundamental. É um desdobramento das garantias do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório. Portanto, estudar a prova, como um direito fundamental, é contextualizar o fenômeno probatório na dinâmica visão de um processo civil de partes, que deve ser predisposto a oportunizar aos litigantes todas as chances de obter a tutela jurisdicional. Dessa maneira, o direito à prova se desdobra em um direito à proposição, admissão, produção e valoração que precisa ser observado pelo órgão julgador, sob pena de comprometer a dinâmica processual.



Eduardo Cambi

MPMG JURÍDICO: O senhor já escreveu um belo texto sobre neoconstitucionalismo e neoprocessualismo? O que entende por neoprocessualismo e qual a sua relação com o neoconstitucionalismo?

EDUARDO CAMBI: O neoconstitucionalismo procura não só explicar o contrato social, mas também busca a realização dos valores nele emanados. Parte da explicação de que o Estado não é um *fato natural*, mas um fenômeno *artificial* e *convencional*, construído pelas pessoas, para tutelar as suas necessidades e seus direitos. Ferrajoli explica que o contrato social é a *grande metáfora da democracia constitucional*, justamente porque procura conciliar a democracia formal, caracterizada pela legitimidade do Poder Público, calcada no *consenso* dos contratantes (princípio da maioria), com a democracia substancial, na qual tal consenso está condicionado à observância dos direitos fundamentais de todos. O garantismo, ainda na visão do filósofo italiano, é a “outra cara” do neoconstitucionalismo; logo, para que os direitos fundamentais sejam garantidos e satisfeitos concretamente, é indispensável se pensar em um *neoprocessualismo*, vale dizer, na formulação de técnicas idôneas para garantir o *máximo grau de efetividade* dos direitos fundamentais. A leitura constitucional do processo exige, por exemplo, que se considere como legítimo, a partir de uma nova exegese do artigo 461, par. 5º, da CF, o bloqueio de dinheiro público para a efetivação de políticas públicas voltadas à realização do direito fundamental à saúde ou à educação, evitando, portanto, que a execução contra a Fazenda Pública se realize por meio de precatório, o que, na prática, significaria muito pouco ou quase nada na efetivação da Constituição.

3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 O poder de polícia fiscal no exercício da atividade de fiscalização tributária e o princípio da proporcionalidade

Priscilla Guedes Castilho da Silva

*Advogada especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício na Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais
Pós-graduanda em Curso de Especialização em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL VIRTUAL*

Ao limitar as liberdades individuais a fim de assegurar a “justa tributação”, a Administração Pública, através da fiscalização tributária, desempenha dois papéis essenciais, quais sejam: “*previne as infrações, pela possibilidade sempre presente de verificação do cumprimento das obrigações e deveres dos contribuintes*” e “*prepara a repressão das infrações à legislação tributária ou administrativo-fiscal, pela constatação dos atos ofensivos*” (BATISTA JÚNIOR, 2001, p.225).

Quanto à liberdade de atuação dos fiscais de tributos, a lei concede à administração tributária a prerrogativa de agir com discricionariedade na escolha, por exemplo, do momento oportuno e conveniente em que a função de fiscalização deve ser cumprida, uma vez que tal atuação depende não só da disponibilidade de pessoal, mas também de outras variáveis que porventura possam, até mesmo, inviabilizar a efetividade dessa função.

No campo da fiscalização tributária, observa Batista Júnior (2001, p.254) que:

[...] a escolha dos tipos de fiscalização a serem adotados, cabe à Administração Fiscal, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, visando uma atuação eficaz, razoável *margem discricionária*”.

Para este autor, “[...] é a Administração Fiscal que, com base em seus dados e indícios, verifica quem deve ser fiscalizado, quando e como.

Nesse sentido, Alberto Xavier (1977, p.165 *apud* SEIXAS FILHO, 2001, p.19) esclarece que:

É inegável a existência [...] de atos discricionários no domínio das providências probatórias, em que ao Fisco é confiada a livre escolha ou da providência a adotar, ou da sua oportunidade, ou até mesmo de sua adoção.

O autor afirma, ainda, que:

A ação fiscalizatória permite à autoridade competente adotar uma série de procedimentos, comissivos e omissivos no sentido de descobrir e identificar os fatos praticados pelo contribuinte, ou de aceitar as declarações apresentadas sem questioná-las.

Não restam dúvidas, portanto, de que a função de fis-

calização tributária emana de um poder de polícia atribuído ao Fisco, ao qual cabe agir com discricionariedade em determinadas circunstâncias, a fim de cumprir seu dever definido e delimitado pela lei.

Além dos limites genéricos atribuídos normalmente à atuação discricionária da Administração Pública, percebemos que o poder de polícia atribuído ao Fisco no exercício da fiscalização submete-se, em especial, à restrição determinada pelo princípio da proporcionalidade.

Da análise desse princípio e dos elementos que o compõem é possível perceber se a forma de conferir os fatos declarados pelo contribuinte e os mecanismos de investigação adotados durante o processo de fiscalização não ultrapassam as barreiras impostas pelas três dimensões do princípio da proporcionalidade – adequação¹, necessidade² e proporcionalidade em sentido estrito³. Assim, na análise do caso concreto, a verificação do respeito ao princípio da proporcionalidade, em sua completude, poderá se dar a partir dos seguintes questionamentos:

a) Adequação: o meio escolhido pelo Fisco para efetivar a fiscalização contribui para a obtenção do resultado pretendido, que é verificar o cumprimento das obrigações fiscais por parte dos contribuintes?

b) Necessidade: o meio escolhido pelo Fisco é realmente o menos gravoso ao contribuinte?

c) Proporcionalidade em sentido estrito: existe realmente um equilíbrio entre o meio empregado pelos fiscais e o fim da fiscalização? Ou melhor, o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido?

Para Pontes (2000, p.139) “a máxima concretização do princípio da proporcionalidade exige a consideração dos três comandos que este alberga: a adequação, necessidade e conformidade ou proporcionalidade em sentido estrito”.

O ato de polícia deve ser o menos oneroso e restritivo possível. Excedidos os limites desta prerrogativa, configurar-se-á o abuso do poder, o arbítrio, o que ensejará o acionamento de mecanismos de controle da Administração Pública, inclusive

¹ Para Pontes (2000, p.66) “a análise da adequação de uma medida estatal implica a verificação da relação de causalidade entre meio (medida) adotado(a) e o fim perseguido”.

² Para Philippe (*apud* Bonavides, 1994, p.319) “pela necessidade não se questiona a escolha operada, ‘mas o meio empregado’ e que este ‘deve ser dosado para chegar ao fim pretendido’. Complementando esta idéia, Pontes (2000, p.68) observa que “o juízo de necessidade exige, portanto, uma seleção dos meios, igualmente adequados para alcançar o fim objetivado, diante do grau e da intensidade da limitação que cada qual impõe aos vários bens jurídicos constitucionalmente tutelados”.

³ Bonavides (1994, p.315), ao diferenciar a proporcionalidade em sentido amplo da proporcionalidade em sentido estrito, cita Pierre Muller para o qual, em sentido estrito, há “violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta”. Em sentido amplo, por sua vez, “entende Muller que o princípio da proporcionalidade é regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem do poder”.

através do emprego de remédios judiciais, como o mandado de segurança, por exemplo.

Ao analisar o princípio da proporcionalidade contra abusos da administração, Bandeira de Mello (2002, p.730)⁴ observa que:

Mormente no caso da utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energicamente com a liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja proporcionalidade entre

a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.

As atuações fiscais em desconformidade com o princípio da proporcionalidade devem ser evitadas, enfim, tanto para assegurar a garantia dos direitos individuais dos contribuintes quanto para evitar ações de ressarcimento que resultam na responsabilização do Estado em tais circunstâncias.

Durante o procedimento de fiscalização tributária, a existência de atuações que extrapolem os limites impostos pelas três dimensões do princípio da proporcionalidade resulta em ofensa aos direitos fundamentais do cidadão contribuinte, o que gera consideráveis desgastes para a Administração Pública, responsável pela atuação daqueles que agem em seu nome.

⁴ Bandeira de Melo (2002, p.730) observa, ainda, que o excesso cometido pela Administração pode dar-se, eventualmente, de dois modos: quando “a intensidade da medida é maior que a necessária para a compulsão do obrigado” ou quando “a extensão da medida é maior que a necessária para a obtenção dos resultados licitamente perseguíveis”.

Referências bibliográficas

- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O poder de polícia fiscal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BEZNOS, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a constituição de 1998. *Direito Constitucional*. 5.ed.São Paulo: Malheiros, 1993.
- BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 14.ed.São Paulo: Atlas, 2002.
- FIORINI, Bartolomé A. *Poder de polícia*, 2.ed. Buenos Aires: Alfa, 1962.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14.ed.São Paulo: Revista dos tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15.ed.São Paulo: Malheiros, 2002.
- PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas: e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: a função fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas*, n.27, jan./mar, 1952.

3.1.2 O ralo do dinheiro público nas prefeituras



Érico de Pina Cabral

A má aplicação e o desvio de verbas nas prefeituras forma um imenso buraco sem fundo nas contas públicas e a população não tem ainda noção da sua dimensão. Mas, quais seriam as formas mais comuns de desvio de dinheiro público nas prefeituras?

A fraude mais utilizada é a contabilização de notas fiscais “frias”. O prefeito compra determinada quantidade de produtos, peças de automóveis, por exemplo, no valor de R\$ 1.000,00 e pede ao comerciante que emita a nota fiscal no valor de R\$ 3.000,00. O mesmo pode ocorrer na contratação de serviços. Um serviço de mecânica realizado num caminhão da prefeitura, por exemplo, que custou R\$ 2.000,00 pode ser contabilizado com uma nota fiscal fria, no valor de R\$ 5.000,00.

Normalmente, as prefeituras contam com uma rede de fornecedores fiéis e subjugados ao fornecimento de notas fiscais superfaturadas de produtos e serviços. Para sedimentar a contabilização fraudulenta destas notas fiscais frias, as prefeituras adotam a política de não contabilizar os pagamentos em cheques

e os fazem sempre em dinheiro, “na boca do caixa”. Evita-se assim, um possível rastreamento do verdadeiro valor pago ao fornecedor.

O grande ralo dessa espécie de desvio está na aquisição de peças para veículos e máquinas e combustíveis. São produtos de alto consumo e de difícil controle. Há prefeituras que costumam contabilizar até três vezes ou mais o valor gasto em combustíveis. Para dificultar a verificação do consumo de combustíveis, os veículos e máquinas das prefeituras não utilizam planilhas de controle de abastecimento. Propositadamente, também, o marcador de quilômetros rodados dos veículos e o marcador de horas de funcionamento nas máquinas (tratores e patrôas) não funcionam. O pagamento aos postos de combustíveis é feito mensalmente através de cheque, mas é contabilizado como se feito em dinheiro, à vista. Tudo para dificultar a ação do controle externo.

A aquisição fraudulenta de medicamentos é um outro grande ralo do dinheiro público. Os fornecedores de medicamentos trabalham com várias tabelas de preços. A nota fiscal é emitida com base na tabela de maior valor e o pagamento real é feito pela tabela menor. A diferença entre elas é grande e um mesmo medicamento pode ter preço de R\$ 10,00 na tabela maior e um preço muito inferior de R\$ 3,50 na tabela menor. Também

Érico de Pina Cabral

*Promotor de Justiça em Goiás
Mestre em Direito pela PUC-SP e Professor*

é possível contabilizar a aquisição de um medicamento “genérico”, mais caro, e receber um medicamento “similar”, bem mais barato. A falta de controle de entrada e saída de medicamentos permite que as prefeituras façam licitações (carta convite) frias para aquisição de uma enorme quantidade de medicamentos, os quais, nunca são entregues nos postos de saúde. O fiel distribuidor de medicamentos para a prefeitura se encarrega de arrumar as cartas convites fictícias de outros fornecedores com preços maiores, tudo para contabilizar o desvio de verbas públicas.

Numa prefeitura do interior, o prefeito municipal licitou, através de carta convite, com construtoras de fachada (só existem no papel, para fraudar licitações), um serviço de construção de 9,5 quilômetros de meio fio, no valor de R\$ 149.000,00. Tudo documentado e formalizado no balancete. Acontece que o serviço foi realizado pelos próprios funcionários da prefeitura. O prefeito contabilizou o pagamento fictício à construtora e ficou com o dinheiro. Num outro episódio, a prefeitura contabilizou notas fiscais indicando que houve troca dos quatro pneus de um mesmo veículo nos meses de dezembro e janeiro sucessivamente. A verificação feita no mês de fevereiro constatou que não houve a troca de pneus e o veículo estava com os quatro pneus carecas. Num outro caso, por três vezes durante o mesmo ano, o prefeito contabilizou recibo indicando o pagamento de um extraordinário cachê de R\$ 8.000,00 para uma desconhecida dupla sertaneja

desconhecida (“Zé e Mané”, por exemplo) cantar por apenas duas horas e meia num evento festivo.

As câmaras municipais, como órgãos de fiscalização, não têm independência política e nem compromisso com a população para investigar e abrir procedimentos de cassação do prefeito, nos termos do art. 5º do Dec. Lei n. 201/67. A Lei de Improbidade Administrativa não permite o afastamento do prefeito, mesmo que comprovada a prática de corrupção. O afastamento judicial do prefeito só é permitido em caso de obstrução da instrução processual, fato este, muito difícil de ser demonstrado, na prática. No aspecto criminal, os prefeitos têm foro privilegiado e não podem ser processados pelo Promotor de Justiça da Comarca, mas tão somente pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça na Capital. Este processo é lento e muitas vezes ineficiente. Tudo isso fomenta a certeza da impunidade.

O mais grave é que não há fiscalização e a farra no desvio de verbas públicas já se tornou banalizada. O controle externo das contas públicas, na prática, não funciona. As câmaras municipais não fiscalizam as prefeituras e são, quase sempre, apêndices políticos do prefeito municipal. O Tribunal de Contas dos Municípios só faz a fiscalização formal, via internet, e o Ministério Público não conta com aparelhamento e nem capacitação técnica para fazer o controle sistemático e mensal das contas públicas. Eis aí a fotografia do buraco.

3.1.3 Inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar

Natália Moreira Torres

Advogada/MG



Natália Moreira Torres

O jurista austríaco Hans Kelsen desenvolveu a teoria chamada *pirâmide kelseniana* para afirmar que uma norma hierarquicamente inferior encontra fundamento de validade na imediatamente superior. A figura piramidal está relacionada à hierarquia que deve existir entre normas infraconstitucionais e a constituição de um Estado. Esta última deve ser entendida como uma constituição rígida.

O controle de constitucionalidade é o mecanismo pelo qual se declara a supremacia da Carta maior, através da busca de uma compatibilidade vertical entre as normas e a Constituição. De acordo com o artigo 102 da Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade. São legitimados para sua proposição: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O vício de inconstitucionalidade pode ser decorrente de ato comissivo ou omissivo do poder público. Para J. J. Canotilho,

enquanto a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a “violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo”. A inconstitucionalidade por ação por sua vez, pode se dar de três formas, por vício formal, por vício material e, por último, conforme nos propomos a explicar, poderá haver a inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar.

Pelo artigo 55, inciso II, da C.F., perderá o mandato o Deputado ou Senador cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar. O conceito de decoro, no entanto, é indeterminado e, nas palavras de Maria Helena Diniz em seu Dicionário Jurídico, decoro, na linguagem jurídica em geral quer dizer: a) honradez, dignidade ou moral; b) decência; c) respeito a si mesmo e aos outros.

Segundo a Resolução nº 20, de 1993, que institui o Código de Ética e Decoro Parlamentar, em seu Capítulo III:

Dos Atos Contrários à Ética e ao Decoro Parlamentar

Art. 4º É, ainda, vedado ao Senador:

I - celebrar contrato com instituição financeira controlada pelo Poder Público, incluídos nesta vedação, além do Senador como pessoa física, seu cônjuge ou companheira e pessoas jurídicas direta ou indiretamente por ele controladas;

II - dirigir ou gerir empresas, órgãos e meios de comunicação, considerados como tal pessoas jurídicas que indiquem em seu objeto social a execução de serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens;

III - praticar abuso do poder econômico no processo eleitoral.

§ 1º É permitido ao Senador, bem como a seu cônjuge ou companheira, movimentar contas e manter cheques especiais ou garantidos, de valores correntes e contrato de cláusulas uniformes, nas instituições financeiras referidas no inciso I.

§ 2º Excluem-se da proibição constante do inciso II a direção ou gestão de jornais, editoras de livros e similares.

Art. 5º Consideram-se incompatíveis com a ética e o decoro parlamentar:

I - o abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § 1º);

II - a percepção de vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, § 1º), tais como doações, benefícios ou cortesias de empresas, grupos econômicos ou autoridades públicas, ressalvados brindes sem valor econômico;

III - a prática de irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes.

Parágrafo único. Incluem-se entre as irregularidades graves, para fins deste artigo:

I - a atribuição de dotação orçamentária, sob a forma de subvenções sociais, auxílios ou qualquer outra rubrica, a entidades ou instituições das quais participe o Senador, seu cônjuge, companheira ou parente, de um ou de outro, até o terceiro grau, bem como pessoa jurídica direta ou indiretamente por eles controlada, ou ainda, que aplique os recursos recebidos em atividades que não correspondam rigorosamente às suas finalidades estatutárias;

II - a criação ou autorização de encargos em termos que, pelo seu valor ou pelas características da empresa ou entidade beneficiada ou contratada, possam resultar em aplicação indevida de recursos públicos.

O decoro parlamentar nada mais é do que um conjunto de

3.1.4 Normas constitucionais programáticas

princípios éticos e normas de conduta que devem orientar o comportamento do parlamentar no exercício de seu mandato. Nesse sentido, qualquer ato que atinja o decoro parlamentar ofende diretamente o princípio constitucional da democracia, uma vez que, agindo desse modo, deixam de exercer o real fundamento de seus cargos, quais sejam, a luta pelos interesses gerais do povo, titular de todo e qualquer poder, mas representados por seus governantes eleitos.

É triste a realidade política que vivemos, invadida por mensalões, dinheiros em cuecas e pela corrupção desmedida. A população vê-se totalmente órfã de governantes ideais, mas não podemos nos acostumar com esse quadro. É nesse diapasão que se impõe a inconstitucionalidade por vício do decoro parlamentar.

E a compra de votos de parlamentares no anseio de inovar o mundo jurídico com normas que satisfaçam interesses escusos? Não seriam inconstitucionais por se mostrarem essencialmente maculadas? Qualquer acontecimento nesse sentido não seria uma ofensa ao decoro parlamentar?

Nas palavras do doutrinador Pedro Lenza “ trata-se de **vício de decoro parlamentar**, já que, nos termos do art. 55, § 1º da CF, é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre este tipo de inconstitucionalidade que se aflora. Contudo, a Corte Suprema não pode se fechar à realidade e, como guardiã da Constituição, deve protegê-la destas “normas compradas”.

Rômulo Rafael de Oliveira

Graduando em Direito pela FADOM

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Comarca de Divinópolis
romulorafael@ibest.com.br



Rômulo R. de Oliveira

O advento das constituições escritas, marcado pela vitória do movimento constitucionalista sobre o Estado absolutista no séc. XIX, trouxe inúmeras mudanças de atuação do poder estatal.

De início, advieram as constituições liberais (negativas) que se ocuparam eminentemente das liberdades públicas, bem como a limitação do poder estatal.¹

Foram elas, ressalte-se, terreno fértil para positivação, ainda que tímida, dos direitos fundamentais.² Tal fase – das constituições negativas – marcou a incipiente vitória do constitucionalismo frente ao poderio do Estado. Vale dizer, representou uma inibição do poder estatal tendo este que se abster de certos atos que intervessem

na vida privada dos cidadãos.

Subseqüentemente, as já positivadas liberdades públicas passam a ser consideradas insuficientes diante das desigualdades sociais. O Estado, agora negativo, foi capaz tão-somente de proporcionar igualdade na perspectiva formal. E, em razão da necessidade de garantir (na medida do possível) à sociedade também uma igualdade material, surgem as constituições sociais (dirigentes, positivas). Estas mantiveram, naturalmente, as consignadas liberdades públicas, mas inovaram com a imposição da atuação, doravante, positiva do Estado. Infere-se de plano que as constituições dirigentes completam as negativas na busca paulatina e incessante da essência do estado democrático de direito.

As constituições dirigentes, adotadas³ pela maioria dos países, por serem detalhistas sobremaneira, trazem em seu bojo normas com graus⁴ de aplicabilidade distintos. Entre tais normas,

¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág.73.

² Celso Ribeiro Bastos salienta que foi o liberalismo o berço, nascedouro mais propício para que se conhecesse a teoria dos direitos individuais. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.215).

³ Assim afirmando: TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág.72.

⁴ Saliente-se que, quanto à eficácia, todas as normas constitucionais a possui. É evidente que normas como as programáticas têm *a priori* efeitos mínimos. Seus efeitos plenos, por serem normas de eficácia limitada, dependem de atuação futura do legislador infraconstitucional. Nesse sentido conferir: BASTOS, Celso Ribeiro;

destacam as chamadas normas programáticas⁵ que cuidam de prenunciar diretrizes públicas deixando adstrito aos seus termos os rumos do Estado. São elas também taxadas de normas fins⁶, normas tarefas etc. que guardam em si próprias programas a serem cumpridos, alcançados por meio de políticas públicas. Assim, almejam nortear, direcionar social e justamente o Estado e a sociedade. Tal programaticidade⁷, em verdade, inicia-se já em fins do século XVIII, paralela e inversamente à proporção que as constituições perdiam em juridicidade, para assumir um aspecto eminente político. Não nos olvidemos, outrossim, de que elas são essencialmente comprometidas com assuntos *materialmente* constitucionais.

Nesse contexto, oportunas são as palavras de Celso Bastos acerca da razão de ser de tais normas:⁸

É que as constituições já não se contentam em espelhar as realidades atuais. [...] Procuram fornecer parâmetros para a atuação do Estado, de molde que os fins fundamentais da organização política já estejam definidos pela Lei Maior.

Assim, as normas programáticas têm a característica de depositar no Poder Legislativo⁹ a competência¹⁰ para sua implementação, embora seja ele órgão infraconstitucional essencialmente político. Em verdade, almejam, com seu conteúdo, um fim a ser, paulatinamente, buscado pelo poder público dentro de suas possibilidade fáticas.¹¹ Em suma, há uma vinculação¹² da atuação futura de todos os órgãos públicos e até mesmo os privados que tenham em suas atividades caráter público.

Por conseguinte, inferimos pela sua aplicabilidade *mediata*¹³, haja vista a necessidade de posterior atuação do legislador

infraconstitucional. Dessa feita, classificamo-nas entre as normas de eficácia *limitada*.

Sendo as normas programáticas definidoras¹⁴ dos fins sociais a serem buscados pelo Poder Público, embora gerem alguns efeitos imediatos¹⁵ (aliás, são elas consideradas por alguns autores como normas preceptivas¹⁶), indaga-se se sua aplicabilidade implica juízo de discricionariedade por parte do Poder Público. Vislumbrando um sentido imperativo em tais normas, Celso A. Bandeira de Mello¹⁷ prescreve

Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.

Nessa mesma linha, já se manifestou o STF¹⁸,

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Certo é que há margem¹⁹ de discricionariedade²⁰, porém, jamais poderá justificar²¹ as delongas do Legislativo infraconstitucional. Tal margem de discricionariedade existe, pois não se consubstanciam as normas programáticas, em essência, direitos

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.434. Entendendo também pela eficácia *limitada* das normas programáticas, o STJ no RMS 6564: “Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, ‘ou não dispõem de eficácia plena’, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar.”

⁵ “Face moderna das Constituições é indubitavelmente a programática.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pág.244)

⁶ Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.430.

⁷ Bonavides fala em programaticidade máxima e normatividade mínima. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pág.233)

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.430.

⁹ Bastos afirma que, dos poderes adstritos aos mandos da norma programática, é o Legislativo o órgão mais encarregado da implementação dessa normatividade diretiva ou dirigente. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.438)

¹⁰ “Surge para o legislador o dever de legislar, e não apenas a competência para tanto.” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.430)

¹¹ Nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág.118.

¹² “Modernamente, a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, com cláusulas, vinculativas (...)” CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional**. pág.132, *Apud* BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.435. Também nessa mesma linha, Bonavides: “Sem esse reconhecimento, jamais será possível proclamar a *natureza jurídica* da Constituição, ocorrendo em consequência a quebra de sua unidade normativa.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pág.236)

¹³ Tratarei mais adiante da eficácia imediata.

¹⁴ Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág.95.

¹⁵ São discriminados por alguns autores, entre outros, os seguintes efeitos imediatos: a) revogam as leis anteriores com elas incompatíveis; b) vinculam o legislador infraconstitucional; c) condicionam a atuação da Administração Pública; d) informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário; e) servem de base para discutir eventual inconstitucionalidade de legislação posterior. Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.435 e BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág.156.

¹⁶ Preceptivas são normas de eficácia imediata. Frisando-se que, nesse caso, trata-se de efeito negativo imediato (eficácia mínima). P. Virga. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pág.247.

¹⁷ Celso Mello *Apud* BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.437.

¹⁸ Decisão proferida no AgI no RE 271.286.

¹⁹ “Ou a norma é programática e, em assim sendo, comporta grande dose de discricção do Legislativo quanto à oportunidade de integrá-la, ou ela já oferece os pressupostos para sua aplicação, o que a privaria da condição de programática.” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.439)

²⁰ “Se é certo que se reconhece o direito à discricionariedade administrativa, bem como à conveniência e oportunidade de praticar determinados atos, não se pode tolerar o abuso de direito que se tem instalado na atividade desempenhada pelos responsáveis por implementar as chamadas normas programáticas.” (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág.97)

²¹ Luis Roberto Barroso aponta a fragilidade sobre o controle de cumprimento da implementação das normas programáticas, haja vista a discricionariedade da competência, para cumprir tais normas, inviabilizar eventual pleito judicial na busca de implementação das normas-programas. Em que pese tal afirmação, o autor,

subjetivos. Assim sendo, não são de plano invocáveis, de modo imediato, sem qualquer consideração fática, pelos destinatários seus. Nessa linha, o STJ no REsp 57614/RS assim declarou,

Inexiste direito certo se não emanado da lei ou da constituição. Normas meramente programáticas protegem um interesse geral, mas não conferem aos respectivos beneficiários o poder de exigir a sua satisfação antes que o legislador cumpra o dever de complementá-las com a legislação integrativa.

Assim, só se pode falar, seguramente, em direitos subjetivos *negativos*²² gerados pelas normas programáticas. Sobre esse efeito negativo, o TRF da 1ª região no AMS 2001.35.00.010692-3/GO já se manifestou.

As normas constitucionais programáticas (art. 230, *caput*) não são despidas de juridicidade ao ponto de ficarem reduzidas apenas a um jogo de palavras, tendo o Estado o dever de torná-las eficazes, bem como está proibido de editar leis e de adotar medidas administrativas que as contrariem.

A demora em implementar essas normas – ou até mesmo a sua inobservância – foi por vezes postergada em razão da discussão que se instalou acerca da eficácia e juridicidade das normas-fins²³. Acerca da juridicidade oportunas são as palavras de Bonavides²⁴: “A programaticidade sem juridicidade poderá enfim converter-se formal e materialmente em obstáculos à efetivação constitucional de um verdadeiro Estado de Direito”.

Há de se observar que, em que pese o valor delas para o seio social, não trazem nenhum²⁵ cronograma prevendo sua materialidade no mundo fático. Ficando, assim, a tarefa de levá-las a efeito ao sabor da discricionariedade²⁶ do Poder Público, embora, como alhures explanado, as normas programáticas impõem uma vinculação.

Saliente-se a crítica de alguns autores²⁷ sobre tais normas no sentido de que elas não passam de falácia, pois, ao contemplá-las, a Constituição passa a falsa impressão de que tal direito já está consignado e, assim, dispensaria qualquer movimentação social em busca de sua reivindicação. Todavia, não se deve olvidar que a Lei Maior não se cumpre espontaneamente²⁸. Aliás, o Tribunal Regional da 1ª Região na AC 1999.38.00.036330-8/MG

recentemente salientou que

A ordem constituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos. Assenta-se a ordem jurídica na consciência de que não será eficaz sem o concurso da vontade. As normas programáticas adquirem vigência por meio de atos da vontade humana.

Numa perspectiva positiva, deve-se ressaltar o papel das normas programáticas na conquista das liberdades fundamentais. Isso porque, como é cediço, muitas dessas liberdades são, em um primeiro momento, positivadas por meio de uma constituição, para, posterior e paulatinamente, serem concretizadas por meio de ações públicas. Aliás, as normas programáticas têm por objeto, em sua maioria, direitos que demandam luta social, desenvolvimento da sociedade, da economia etc., para que possam ser efetivamente concebidos. Exemplificando, tomamos como base o art.205 da Constituição da República do Brasil, de 1988, no qual é assegurado educação a todos. Num primeiro momento, a preocupação da Lei Maior foi a educação basilar, qual seja, o ensino primário. Ocorre que, com o transcorrer do tempo e naturalmente o desenvolvimento social, econômico, cultural etc., a preocupação da Constituição não poderá se cingir apenas com aquele ensino, mas bem assim com o fundamental e quiçá graduação superior. Isso revela, além da interpretação evolutiva (mutação formal da interpretação da Constituição), a programaticidade de tal norma, vale dizer, a busca, talvez interminável, dos direitos consignados em seu bojo. Direitos esses que, com a evolução da sociedade, vão se ampliando como corrobora o exemplo supra.

Enfim, o conteúdo programático da Constituição da República Federativa do Brasil não é mera declaração de projeções de cunho político sem qualquer juridicidade. Vincula a todos, seja na esfera pública, seja na privada no sentido de respeitar e implementá-las. Porém, a despeito de toda a valia delas, penso, sob uma óptica que a todos deveria nortear, que as normas programáticas, a considerar a essência do disposto nos art.1º, III e art.3º, I (além de outros) da Constituição, seriam desnecessárias, pois não seria factível construir uma sociedade justa, com respeito à dignidade da pessoa humana etc., sem lhe garantir saúde, educação, trabalho, moradia etc.

mais adiante, expõe um ponto, para reflexão futura, acerca da viabilidade de se buscar embasamento jurídico em norma programática, para pleitear obrigação de fazer frente ao Poder Público. Nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág.121 e 158 e BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.439.

²² Veja exemplos na nota n.º 15. Também nesse sentido: RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, pág.23.

²³ Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pág.245.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pág.251.

²⁵ Nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág.120.

²⁶ Uma justificativa muitas vezes sustentada pelo Poder sobre o qual recai o dever de atuar seria a questão da limitação orçamentária – reserva do possível. Ocorre que, se o objeto da norma tratar de direitos fundamentais, tornar-se-á insustentável tal argumento.

²⁷ Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.439 e 440 e GRAU, Eros. **A Constituição brasileira e as normas programáticas**. *Apud* BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.439.

²⁸ Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pág.432.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

3.1.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.1.5.1 ALMEIDA, Renato Franco de. **Constituição e políticas econômicas na jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Decálogo, 2007. 190p.

O autor analisa criticamente as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto às políticas econômicas realizadas no País após o advento da Constituição de 1988. Propõe, como atitude interpretativa mais adequada para o texto constitucional a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin. Além disso, aborda, sob o aspecto histórico, as razões pelas quais os chamados direitos sociais auferiram magnitude constitucional

após a Primeira Grande Guerra, concluindo pela obrigatoriedade de sua concretização, até mesmo pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, através de decisões positivas, respeitados os pré-requisitos que impõe. Constitui obra abrangente cuja reflexão poderá ensejar nova abordagem sobre a arquitetura do Estado em relação às cláusulas constitucionais que prevêm políticas públicas.

3.1.5.2 IGLÉSIAS, Francisco. **Constituintes e constituições brasileiras.** São Paulo: Brasiliense, 1985. 104p.

O autor aborda, sob a perspectiva histórica, todas as constituintes e constituições, desde o Império, já efetivadas no Brasil. Traz ainda as principais peculiaridades dos documentos constitucionais daí nascidos, criticando, com sua pena de historiador, as modificações políticas e sociais engendradas

na sociedade brasileira, notadamente aquelas advindas de documentos de viés ditatorial. Livro necessário para aqueles que pensam ser imprescindível o conhecimento do passado para entender as agruras do presente. Constitui valioso material de pesquisa da história das constituições do Brasil.

B) Artigos

3.1.5.3 MORAES, Alexandre de. **Legitimidade da justiça constitucional.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 159, págs. 47–59, jul. 2003.

O autor aborda tema por demais palpitante, mormente em dias atuais. Com efeito, com as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente em relação à fidelidade partidária e à greve dos servidores públicos civis, a matéria relativa à legitimidade da justiça constitucional avulta de importância, desengadamente à medida que se coteja

com o assunto da democracia representativa. O artigo, em consequência, tem sua importância evidenciada em razão da necessidade de se repensar o regime democrático-representativo, com o escopo de se mitigarem as suas insuficiências, sendo a jurisdição constitucional um caminho a ser necessariamente percorrido.

3.1.6 Jurisprudência da área

3.1.6.1 STF, Pleno. *Anistia de infrações disciplinares de servidores estaduais: competência do Estado-membro respectivo*

EMENTA: I. Poder Constituinte Estadual: autonomia (ADCT, art. 11): restrições jurisprudenciais inaplicáveis ao caso. 1. É da jurisprudência assente do Supremo Tribunal que afronta o princípio fundamental da separação a independência dos Poderes o trato em constituições estaduais de matéria, sem caráter essencialmente constitucional - assim, por exemplo, a relativa à fixação de vencimentos ou a concessão de vantagens específicas a servidores públicos -, que caracterize fraude à iniciativa reservada ao Poder Executivo de leis ordinárias a respeito: precedentes. 2. A jurisprudência restritiva dos poderes da Assembléia Constituinte do Estado-membro não alcança matérias às quais, delas cuidando, a Constituição da República emprestou alçada constitucional. II - Anistia de infrações disciplinares de servidores estaduais: competência do Estado-membro respectivo. 1. Só quando se cuidar de anistia de crimes - que se caracteriza como *abolitio criminis* de efeito temporário e só retroativo - a

competência exclusiva da União se harmoniza com a competência federal privativa para legislar sobre Direito Penal; ao contrário, conferir à União - e somente a ela - o poder de anistiar infrações administrativas de servidores locais constituiria exceção radical e inexplicável ao dogma fundamental do princípio federativo - qual seja, a autonomia administrativa de Estados e Municípios - que não é de presumir, mas, ao contrário, reclamaria norma inequívoca da Constituição da República (precedente: Rp 696, 06.10.66, red. Baleeiro). 2. Compreende-se na esfera de autonomia dos Estados a anistia (ou o cancelamento) de infrações disciplinares de seus respectivos servidores, podendo concedê-la a Assembléia Constituinte local, mormente quando circunscrita - a exemplo da concedida pela Constituição da República - às punições impostas no regime decaído por motivos políticos (STF, Pleno, ADI 104/RO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 04.06.2007, DJ 24.08.2007).

3.1.6.2 STF, Pleno. *Criação de município em desatendimento ao § 4º do art. 18 da CF. Situação de fato consolidada. Estado de exceção. Princípio da segurança jurídica. Técnica de decisão judicial em controle de constitucionalidade*

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO, APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza:

a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1.998, do Estado do Mato Grosso (STF, Pleno, ADI 3316/MT, Rel. Min. Eros Grau, j. 09.05.2007, DJ 20.06.2007).

3.1.6.3 STF, Pleno. *Notificação judicial a agente político (Ministro de Estado) para futura ação de improbidade administrativa. Incompetência do Supremo Tribunal Federal*

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. FUTURA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. DECRETO Nº 4.228/02. PROGRAMA NACIONAL DE AÇÕES AFIRMATIVAS.

1. O Supremo Tribunal Federal não é competente para processar notificação judicial de Ministro de Estado vinculada a futura ação de improbidade administrativa disciplinada na Lei

nº 8.429/92. 2. Atrelada a notificação judicial, expressamente, a uma futura ação de improbidade, deve aquela ser processada no juízo competente para esta (art. 800 do Código de Processo Civil), descabendo ao Supremo Tribunal Federal, antecipadamente, discutir o mérito do cabimento da mencionada ação principal contra agente político. 3. Agravo regimental desprovido (STF, Pleno, Pet-AgR 4084 / DF, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20.09.2007, DJ 26.10.2007).

3.1.6.4 STF, 1ª Turma. *Notícia anônima de prática criminosa. Violação ao texto constitucional*

EMENTA: ANONIMATO - NOTÍCIA DE PRÁTICA CRIMINOSA - PERSECUÇÃO CRIMINAL - IMPROPRIIDADE. Não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação

constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente (STF, 1ª Turma, HC 84827 / TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.08.2007, DJ 23.11.2007).

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 A responsabilidade civil objetiva no direito ambiental



Marina Dehon de Lima

A Constituição Federal, no seu artigo 225, § 3º, dispõe acerca da responsabilidade objetiva quanto à tutela do meio ambiente. A responsabilidade objetiva nada mais é do que a responsabilidade sem a análise da culpa. Em matéria de direito ambiental, basta a existência do dano e o nexo de causalidade entre este e o seu causador. Não são cabíveis discussões em torno da

culpa, ao contrário da responsabilidade subjetiva, adotada pelo Código Civil Brasileiro, em se tratando de direito privado.

O referido dispositivo constitucional não estabelece critério nenhum relativo à culpa para atribuir a responsabilidade civil na reparação de danos ambientais, assim dispondo:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Lei 6.938/81, tendo adotado o mesmo critério, foi recepcionada pela Constituição Federal. Nesse sentido, Celso Antônio Pacheco Fiorillo¹, um dos mais gabaritados doutrinadores em matéria de direito ambiental pondera:

Vale frisar que, anteriormente à constituição Federal de 1988, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) já previa a responsabilidade objetiva do poluidor no seu art. 14, § 1º. Com a promulgação da Lei Maior tal norma infraconstitucional foi recepcionada, tendo como fundamento de validade o artigo 225, § 3º, porquanto este não estabeleceu qualquer critério ou elemento vinculado à culpa como determinante para o dever de reparar o dano causado ao meio ambiente. Consagrou-se, portanto, a responsabilidade objetiva em relação aos danos ambientais.

A responsabilidade objetiva, consagrada nos dispositivos legais acima especificados decorre também de um princípio do direito ambiental, qual seja, o do poluidor pagador, que assim é definido pela Comunidade Econômica Européia:

As pessoas naturais ou jurídicas, sejam regidas pelo direito público ou pelo direito privado devem pagar os custos das medidas que sejam necessárias para eliminar a contaminação ou para reduzi-la ao limite fixado pelos padrões ou medidas equivalentes que assegurem a qualidade de vida, inclusive os fixados pelo Poder Público competente².

Citando Prieur, Édís Milaré³ diz que o referido princípio visa a imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele

Marina Dehon de Lima

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

gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza.

A responsabilidade que decorre dessa diretiva do direito ambiental está contida na Lei 6.938/81 e se consubstancia na imposição ao poluidor e ao predador na obrigação de recuperar ou indenizar os danos causados, acrescentados às repressões penais e administrativas que a Constituição Federal também lhe impõe.

Constata-se que a responsabilidade objetiva é maneira eficiente para que não haja escusas na reparação do dano, embasadas na ausência de culpa ou outras questões individuais. Édís Milaré⁴, ponderando em sua obra:

Nos casos de dano ao meio ambiente, diversamente, a regra é a responsabilidade civil objetiva, – ou, nas palavras do próprio legislador, independentemente de existência de culpa –, sob a modalidade do risco integral, que não admite quaisquer excludentes de responsabilidade.

Deveras, aquele que explora a atividade tem o dever de arcar com os riscos que dela advêm.

Dessa maneira, outra conseqüência da responsabilidade civil objetiva é a irrelevância do caso fortuito ou da força maior⁵. De acordo com a teoria do risco integral, não é possível àquele que assume o risco de uma atividade que possa causar dano ambiental alegar em sua defesa o caso fortuito (obra do acaso) ou força maior (evento da natureza) em sua defesa, pois a configuração de sua responsabilidade somente depende de sua ação ou omissão, do evento danoso e da relação de causalidade entre estes últimos. O fundamento da responsabilidade advém tão-somente da existência da atividade.

Dessa maneira, conclui-se que, para haver a responsabilidade em matéria de direito ambiental, basta a existência do dano, o seu causador e o nexo causal entre os dois. Ainda, cumpre ressaltar a observação de Hugo Nigro Mazzilli⁶, que também argumenta:

Na responsabilização por danos a interesses difusos, prevalece o princípio da solidariedade entre os devedores [...] assim, os altos custos da recomposição ambiental são cobrados de qualquer dos co-responsáveis, que por via de regresso, poderão discutir entre si a distribuição mais equitativa da responsabilidade.

Assim, constatado o dano ao bem ambiental, todos os responsáveis se sujeitarão ao seu reparo, independentemente de culpa, tendo em vista principalmente o fato de que em matéria de meio ambiente, o *in dubio* é *pro* meio ambiente⁷.

¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29.

² Obra cit. it. 1, p. 27.

³ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT, 2000. p. 100.

⁴ Obra cit. p. 338.

⁵ Obra cit. it. 3, p. 340.

⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.499.

⁷ Obra cit. it. 3, p. 338

Referências Bibliográficas

- JUNIOR, Nelson Nery. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2006.
FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.
MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1995.
MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000.

3.2.2 A função ambiental da propriedade

A preservação do meio ambiente é condição indispensável para o pleno desenvolvimento da pessoa humana e para o exercício dos demais direitos fundamentais, além de se mostrar um pressuposto para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É impossível, portanto, conceber-se a idéia de existência de uma vida digna sem condições ambientalmente saudáveis para seu desenvolvimento.

Preserva-se o meio ambiente a fim de se assegurar o direito fundamental à vida humana. Como consequência, a defesa do meio ambiente objetivando a preservação da qualidade de vida humana deve estar acima de qualquer consideração como, por exemplo, o direito de propriedade e o desenvolvimento econômico.

Considerando-se que os recursos naturais são finitos, impõe-se às presentes gerações a responsabilidade pelo uso inadequado desses recursos. O princípio da responsabilidade intergeracional, normatizado pelo legislador constituinte originário no *caput* do artigo 225 da Constituição da República, determina que se busque sempre o desenvolvimento sustentável.

Observa-se que o citado dispositivo constitucional traduz a preocupação do constituinte não só com a geração contemporânea, mas também com as gerações vindouras, determinando, portanto, a incidência de uma solidariedade entre as presentes e futuras gerações na obrigação de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Esse comando constitucional, correspondente ao dever conjunto de preservar o equilíbrio ecológico do planeta, foi endereçado indistintamente ao Poder Público e à coletividade. Dessa forma, a intervenção do Estado é obrigatória e indispensável para a proteção ambiental, sendo necessário frisar que ela não possui caráter de exclusividade. Não se pode falar, portanto, em monopólio estatal na manutenção da qualidade ambiental. A preservação do meio ambiente deve ser feita não apenas pelo Poder Público, mas também através da participação direta de toda a sociedade.

O dever conjunto de preservar o meio ambiente acarreta limitações ao direito de propriedade, a fim de compatibilizá-lo com o desenvolvimento sustentável. Por conseguinte, a exploração dos recursos naturais deve ocorrer dentro de padrões racionais, objetivando preservar o equilíbrio ecológico do planeta, assegurando-se, assim, a sobrevivência das espécies. Admite-se, portanto, a utilização econômica dos recursos naturais, desde que limitada à observância de condições que assegurem a preservação do meio ambiente.

Hébia Luiza Machado

Bacharela em Direito

Pós-graduada em Direito Público

Pós-graduada em Direito Privado

Oficiala do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

O meio ambiente foi classificado pela Constituição de 1988 como bem de uso comum do povo, razão pela qual não poderá ser apropriado individualmente com a exclusão dos demais membros da coletividade. Caso ocorra uma indevida apropriação individual do meio ambiente, poderá restar configurada a ocorrência de dano ambiental.

Outra consequência do fato de que o meio ambiente possui, conforme já dito, natureza de bem de uso comum do povo reside na abertura de espaço para as limitações incidentes sobre a propriedade privada e para a ocorrência de possíveis conflitos entre o direito de propriedade e a proteção do meio ambiente.

Em decorrência dessas limitações, a propriedade adquire uma nova função de caráter ambiental, que confere à coletividade o poder de exigir do proprietário a observância das medidas necessárias à preservação do direito metaindividual ao meio ambiente ecologicamente preservado.

A função ambiental dinamiza o uso da propriedade, aperfeiçoando-a mediante estimulação do proprietário à preservação e recuperação dos bens ambientais sob seu domínio.

Um exemplo bastante corriqueiro de aplicação prática da função social e ambiental da propriedade diz respeito à manutenção das áreas de preservação permanente, cobertas ou não por vegetação nativa. Há uma obrigação legal imposta ao proprietário de preservar e/ou recompor as áreas de preservação permanente, independentemente de ter sido ele o responsável ou não pelo desmatamento e mesmo que jamais tenha existido vegetação na área assim classificada.

A conservação das áreas de preservação permanente é sustentada na função ambiental de preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade, do fluxo gênico de fauna e flora, da proteção do solo, com o objetivo de assegurar o bem-estar das populações humanas.

A observância do princípio da função social e ambiental da propriedade é obrigação *propter rem* que se prende ao titular do direito real do imóvel. Não importa, portanto, a alegação de que o atual proprietário do imóvel não é responsável pela ocorrência anterior do dano ambiental.

O mesmo raciocínio aplicado à necessidade de respeitar as áreas de preservação permanente pode ser estendido, com as adaptações que se mostrarem necessárias, à imposição de averbação da reserva legal em áreas consideradas como rurais.

O princípio da função ambiental da propriedade é o fundamento constitucional para a imposição coativa ao proprietário

de exercer seu direito de propriedade em consonância com as diretrizes de proteção do meio ambiente.

No atual estágio de evolução social, torna necessária a consolidação de uma consciência universal no sentido de que a

preservação do meio ambiente é condição crucial à sobrevivência da espécie humana, não se olvidando do fato de que, quando o proprietário promove o uso ordenado e ecológico de seus bens, não haverá apenas a preservação ambiental de uma área restrita, mas sim a preservação do meio ambiente em sua totalidade.

3.2.3 Licenciamento ambiental e o princípio da prevenção

Ibrahim Camilo Ede Campos

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Núcleo de Estudos em Direito Ambiental (NEDA-UFMG). Estagiário do Ministério Público na 15ª Promotoria de Defesa do Meio Ambiente da Comarca de Belo Horizonte – MG. Ex-bolsista de iniciação científica pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).



Ibrahim Camilo
Ede Campos

O procedimento de licenciamento ambiental constitui um dos mais importantes mecanismos legais de aplicação do direito ambiental, máxime no que concerne ao princípio da prevenção. Configura-se, outrossim, como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, IV, da lei nº 6.938/81), realizando a dimensão preventiva do direito ambiental, paralelamente às dimensões reparatória e repressiva desse ramo da ciência jurídica.¹

Com esteio em Antunes (2005), Machado (2005) e Milaré (2007), diferenciam-se claramente o princípio da prevenção e o princípio da precaução. Pelo primeiro, e é dele que majoritariamente se trata no tocante ao licenciamento ambiental, conforme o próprio étimo latino sugere² (*praevenire* = tomar a dianteira, antecipar), tem-se a característica da previsibilidade do dano ambiental, exigindo-se, pois, controle ou eliminação dos riscos decorrentes de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras³. Já em relação ao princípio da precaução, significa que a ausência de certeza científica não respalda atividades antrópicas de se proceder a intervenções no ambiente. Nesse sentido, gravita-se em torno da imprevisibilidade, da incerteza das conseqüências. Agir de modo contrário a tal princípio seria leviano, atentar contra a prudência e a ética do cuidado⁴ que, não raro, são opostas a interesses econômicos imediatistas. Assim, o princípio nº 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a afirmar que

[...] quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental⁵.

Destarte, os dois princípios devem estar presentes no procedimento de licenciamento ambiental, figurando como “elementos centrais e de eficácia para a gestão de um Estado de Justiça Ambiental”⁶.

De forma genérica, o dispositivo constitucional inserto no art. 225, §1º, V, da Constituição Federal⁷ de 88, trata do princípio da prevenção e do princípio da precaução (estabelecendo uma interpretação extensiva), a se compreender o risco tanto no campo da possibilidade como em sua comprovada e iminente materialização. A resolução nº 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente, dispõe sobre o licenciamento ambiental, estabelecendo condições, restrições e medidas de controle ambiental a serem observadas pelo empreendedor, exercendo-se, pois, o poder de polícia ambiental pelo órgão competente.

Insera-se o licenciamento ambiental como um dos exercícios do poder de polícia ambiental, este definido como

[...] a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou *licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza*⁸ (grifo meu).

Nessa razão, o licenciamento ambiental figura como instrumento de gestão ambiental, visando a reduzir e controlar

¹ MILARE, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (p.1280)

² BUSSARELO, Raulino. *Dicionário básico latino-português*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004. (p.289)

³ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (p.343)

⁴ BOFF, Leonardo. *Os impasses da expressão desenvolvimento sustentável*. Disponível em http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/CadernodeDebates10.pdf. Acesso em 14 de novembro de 2007.

⁵ Assinala Carvalho, concernente aos riscos ecológicos, que esses “apresentam uma complexidade potencializada (eco-complexidade), no que diz respeito à identificação dos agressores, à determinação temporal dos efeitos da degradação, às dimensões de seus efeitos, ao número de atingidos (gerações futuras) e, sobretudo, às condições de atribuição das relações de causalidade” (CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, nº 45, p.62-91, jan.- mar. de 2007).

⁶ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (p.51)

⁷ “Para assegurar a efetividade desse direito [ao meio ambiente ecologicamente equilibrado], incumbe ao Poder Público: V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade da vida e o meio ambiente”

⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. (p.317-318).

os impactos ambientais⁹, acorde com o elemento finalístico do direito ambiental, qual seja, regular a apropriação econômica dos bens ambientais, sensivelmente direcionado a desenvolver a sustentabilidade socioambiental.¹⁰

Aponta Milaré para a diferença entre a licença tradicionalmente concedida pela Administração e a licença ambiental¹¹. Segundo o autor, há na primeira os atributos da definitividade. Já no concernente à licença ambiental, trata-se de uma *estabilidade temporal*, haja vista a existência de prazo de validade para as diferentes modalidades de licença (licença prévia, licença de instalação de licença operacional), ocasionando, pois, revisão pelo órgão ambiental competente (federal, estadual ou municipal).

Trata-se de uma exigência da legislação ambiental sem a qual o empreendimento ou atividade efetiva ou potencialmente poluidora não pode ser exercida, incorrendo em ilícito penal (art. 60 da lei 9605/98), ilícito administrativo (art.44 do decreto federal nº 3.179/99), além do aumento da possibilidade de ocorrer danos ambientais (ensejando reparação civil ambiental), dada a não-conformação do empreendimento às normas tecnicamente

estabelecidas pelo órgão ambiental competente. Todavia, a observância, no trâmite do procedimento licenciatório, tão-somente de critérios técnico-econômicos, em detrimento da análise dos custos sociais e ambientais, evidencia a argumentação da dificuldade de pensar o desenvolvimento sustentável no plano da concreção fática, dada a conjugação de interesses diferentes – não raro reciprocamente anulativos – sob uma mesma diretiva teórico-prática e abstrata.¹² Nesse prisma, a feição dialógica da democracia no processo das tomadas de decisões políticas (no sentido lato do termo), na espécie, no procedimento de licenciamento ambiental, apenas enriquece e legitima o aspecto *funcional* do Poder¹³, limitando-o na medida em que se assegura o direito fundamental à participação.¹⁴

Com efeito, a metaindividualidade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁵, tendo como destinatário o gênero humano, aponta para a fraternidade¹⁶ e para a equidade intrageneracional¹⁷, que, para além da dimensão protetivo – conservacionista do meio ambiente natural –, perpassa igualmente as dimensões social e econômica engendradas na complexidade da sociedade contemporânea.

⁹ FONTENELLE, Miriam. Política Nacional do Meio Ambiente. In: _____ (org.). *Temas de Direito Ambiental*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006, Vol. VI, cap.I, p.7 a 38 (Coleção José do Patrocínio).

¹⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2005. (p. 940)

¹¹ MILARE, Edis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência e glossário.5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (p.1280)

¹² ACSELRAD, Henri. Apresentação. In: ZHOURI, Andréa. *A insustentável leveza da política ambiental*: desenvolvimento e conflitos socioambientais. Belo Horizonte: Autêntica, 2005. (p.7 a 10)

¹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (p.232)

¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. (p.317-318)

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Meio ambiente - Direito à preservação de sua integridade (cf, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (cf, art. 225, § 1º, iii) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitadas, quanto a estas, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (cf, art. 3º, ii, c/c o art. 170, vi) e ecologia (cf, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (rtj 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (cf, art. 170, vi) - Decisão não referendada - conseqüente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (rtj 158/205-206). Incumbe, ao estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (rtj 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. Procurador Geral da República *versus* Presidente da República. Relator: Celso de Mello. Publicação: 03.02. 06.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. (p.808)

¹⁷ BARTENSTEIN, Kristin. Les origines du concept de développement durable. *Revue juridique de droit de l'environnement*, setembro de 2005. (p.289-297)

3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.4.1 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 294 p.

Na obra, analisa-se como a sistemática ligada à ordem econômica e social e ao sistema tributário nacional pode determinar a inclusão da proteção ambiental entre os objetivos das

políticas econômicas e fiscais. O livro merece destaque na medida em que trata do tema tutela do meio ambiente numa visão mais avançada e pragmática, trazendo para a seara do direito econô-

mico e financeiro a pauta de discussões.

Entre os assuntos abordados, vale a pena conferir: fundamentos econômicos da proteção ao meio ambiente, tributação como instrumento de contretização do meio ambiente, compatibilização entre meio ambiente e extrafiscalidade, tributação ambiental estrangeira ambiental e no Brasil, ICMS ecológico etc.

Nessa passo, vale citar as palavras da autora:

B) Artigos

3.2.4.2 CATALAN, Marcos Jorge. **A hermenêutica contratual no Código de Defesa do Consumidor.** In Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: nº 62 (abril/junho), 2007, págs. 139-161.

Marcos Jorge Catalan é Doutorando em Direito Civil pela USP e Mestre em Direito Negocial pela UEL. Conforme explicado pelo próprio autor, o artigo enfoca

[...] a mudança de perspectiva nas relações jurídicas, desde a visão individualista do Código Napoleônico, que foi adotada pelo Código Civil brasileiro de 1916, até uma visão centrada na dignidade da pessoa humana. Essa visão, que tenta responder à evolução tecnológica e à própria mudança de perspectiva do ser humano, tem como centro a tutela da pessoa humana, e é cristalizada no Código de Defesa do

Constata-se, então, que a tributação – em seu amplo sentido – pode e deve ser utilizada como instrumento de política pública ambiental e promoção da dignidade da pessoa humana. Indo um pouco mais além, verifica-se que, diante do aparato jurídico existente hoje no Brasil, despicienda é a realização de radicais reformas constitucionais e tributárias para o alcance de tal propósito. A tributação ambiental já se encontra albergada pela Constituição Federal. Cabe-nos dar a ela uma nova leitura e, principalmente, colocar em prática os princípios que compõem seu sistema (p. 248)

Consumidor (p. 139).

Entre os temas de relevo abordados no trabalho, apresentam-se as questões relativas ao modelo aberto eleito pelo CDC e a importância dos princípios para o seu adequado funcionamento, tais como o princípio da transparência, da boa-fé objetiva no atual contexto social, da confiança, da equidade etc.

Merece destaque, ainda, a farta referência bibliográfica e jurisprudencial utilizada pelo autor, conferindo ao texto uma maior riqueza de informações específicas da tutela do consumidor.

3.2.5 Jurisprudência da área

3.2.5.1 TJPE, 5ª Câmara Cível. *Direito de acesso à saúde. Plano de saúde não pode conter cláusula que exclua a realização de cirurgia de obesidade mórbida*

EMENTA: DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. GASTROPLASTIA. OBESIDADE MORBIDA. DOENÇA COM RISCO PARA SAÚDE. CLÁUSULA EXCLUSÃO ABUSIVA. APLICAÇÃO DO CDC. NULIDADE -DECISÃO MANTIDA. IMPROVIDA APELAÇÃO. Tendo sido comprovada nos autos a necessidade da cirurgia de gastroplastia, sob

pena de dano à saúde do paciente, nula é a cláusula que restringe direito do consumidor com fulcro no artigo 51, §1º, II do CDC. À unanimidade de votos, conheceu-se do apelo, para lhe negar provimento, mantendo a sentença em todos os seus termos. (TJPE, 5ª Câmara Cível, AC 100877-3, Rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 07.07.2006, DJ 10.08.2006).

3.2.5.2 TJMG, 14ª Câmara Cível. *Efeitos da coisa julgada coletiva. Princípio da facilitação da defesa do consumidor*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO DECLINATÓRIA DE COMPETÊNCIA EM AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO - AÇÃO CIVIL PUBLICA AJUIZADA EM OUTRO ESTADO - IDENTIDADE DE CAUSA DE PEDIR - PRETENSÕES DIRIGIDAS CONTRARIAMENTE AO ANÚNCIO DE NÃO RENOVAÇÃO DE APÓLICE DE SEGURO DE QUE SÃO INTEGRANTES SEGURADOS DE TODO O PAÍS - DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - CONFIGURAÇÃO - TUTELA COLETIVA REQUERIDA PELOS ÓRGÃOS MINISTERIAIS DOS RESPECTIVOS ESTADOS - DANO DE CARÁTER NACIONAL - COMPETÊNCIA - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 93 E 103, III DO CDC - LIMITE TERRITORIAL DO ART. 16 DA LACP - NÃO INCIDÊNCIA - PREVENÇÃO - OCORRÊNCIA

- RECONHECIMENTO DE INCOMPETÊNCIA DE CARÁTER FUNCIONAL - NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. Extrai-se o caráter nacional do dano, quando esse é individualmente sofrido, de forma semelhante, por segurados domiciliados em todo o país, que sejam integrantes da mesma apólice cuja negativa de renovação é discutida na ação coletiva em que se pretende a tutela do direito individual homogêneo. Não descaracteriza tal natureza o fato de haver possibilidade de que venham a ser heterogêneos os valores recebidos, a serem fixados apenas em sentença de liquidação, em caso de haver condenação decorrente do dano global e diretamente considerado advindo da falta de renovação dos contratos, a qual deve ser genérica, em conformidade ao art. 95 do CDC. Tratando-se de ação movida por ente legitimado pelo

art. 82 do CPC, em que é visada a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos dos consumidores, cujo dano alegado é de caráter nacional, incide a regra da competência concorrente entre o fôro da Capital do Estado e do Distrito Federal, disposta no art. 93, II, do CDC. Inexiste limitação dos efeitos da decisão que vier a ser proferida nas ações coletivas em que é buscada a tutela a direito do consumidor ao estreito âmbito da competência territorial dos respectivos juízos prolatores, o que afrontaria o princípio de facilitação de defesa do consumidor, além de haver disposição específica do assunto no art. 103 da legislação especial consumerista, cuja vigência não poderá ser negada, mormente tendo em vista o disposto no art. 90 do mesmo Estatuto, que deverá sempre ser interpretado em conjunto com art. 16 da LACP. Ademais, no caso específico de tutela coletiva de direito individual homogêneo, pelo fato da inteira dissociação das redações dos arts. 16 da LACP e do inc. III do citado art. 103 do CDC, afasta-se, inclusive, a incidência daquele dispositivo, e, por conseguinte, da restrição nele contida, já que não se trata especificamente da matéria referente àquela modalidade de direito. Mesmo que a existência de várias ações

coletivas em que se tutelam direitos individuais homogêneos a respeito da mesma questão jurídica não represente, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas, havendo coincidência de sujeitos que se beneficiem pelas decisões nas ações movidas por órgãos ministeriais de diferentes Estados, tendo em vista o âmbito do pedido formulado na demanda e a eficácia subjetiva da sentença em todo o território nacional, deve haver a declinação de competência ao juízo prevento, de competência funcional e, portanto, inderrogável para a causa, por força do art. 2º da LACP e seu parágrafo único, c/c o art. 253 do CPC. Reconhecida a incompetência absoluta do juízo *a quo*, decorrente da inobservância da regra de competência funcional do juízo prevento para o julgamento das causas conexas, é imperativa a anulação de todos os atos decisórios proferidos nos autos da ação coletiva de consumo originária, nos termos do disposto no § 2º do art. 113 do CPC, devendo, por conseguinte, ser considerado prejudicado o agravo de instrumento manejado contra a decisão interlocutória indeferitória da antecipação de tutela (TJMG, 14ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0024.06.104239-6/001, j. 12.04.2007, DJ 21.05.2007).

3.2.5.3. STJ, 3ª Turma. Critério finalista para interpretação do conceito de consumidor

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. CRITÉRIO SUBJETIVO OU FINALISTA. MITIGAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. VULNERABILIDADE. CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. PRÁTICA ABUSIVA. OFERTA INADEQUADA. CARACTERÍSTICA, QUANTIDADE E COMPOSIÇÃO DO PRODUTO. EQUIPARAÇÃO (ARTIGO 29). DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. RELAÇÃO JURÍDICA SOB A PREMISSA DE TRATOS SUCESSIVOS. RENOVAÇÃO DO COMPROMISSO. VÍCIO OCULTO. A relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta

decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido. (STJ, 3ª Turma, REsp 476428 / SC, Rel. Min. Nancy Andriahi, j.19.04.2005, DJ 09.05.2005, p. 390).

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Aplicabilidade da teoria da desconsideração invertida

Wilson Medeiros Pereira

*Técnico em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Pós-Graduado em “Direito Econômico e Empresarial” e em “Direito Público”
Professor de Direito Constitucional da Faculdade Vale do Gortuba - FAVAG*

A teoria da *disregard legal of entity* ganhou grande prestígio e aplicabilidade nas legislações dos países, notadamente os ocidentais, sendo de grande eficácia para o dia-a-dia das decisões judiciais, no sentido de coibir as práticas abusivas e fraudulentas, perpetradas sob o manto da pessoa jurídica.

Obviamente, tal teoria não tem por escopo acabar com a autonomia patrimonial da pessoa jurídica ou da pessoa física, mas apenas permitir que, em determinadas situações, o patrimônio particular da pessoa física seja alcançado, quando insuficiente o patrimônio da pessoa jurídica do qual aquela seja sócia.

A teleologia dessa teoria é a promoção da justiça e manutenção da pessoa jurídica. Nesse viés, denota-se que seu destinatário é basicamente o juiz que, por sua vez, ao deparar com abusos e fraudes de sócios, está autorizado a ultrapassar a autonomia patrimonial da sociedade empresarial e responsabilizar direta, pessoal e ilimitadamente o sócio, preservando os outros atos e negócios executados em nome da sociedade, não atingidos pela fraude ou pelo abuso do direito. Portanto, não se declara a extinção da sociedade.

No direito positivado pátrio, essa teoria foi abraçada em vários diplomas legislativos, como no Art. 28 da Lei 8.078/90 (CDC); no Art. 18 da Lei 8.884/90, a Lei Antitruste; no Art. 2º, § 2º, da CLT e os Art. 133, III, Art. 134, VIII e Art. 135, do CTN. Além disso, o Código Civil/2.002 introduziu em seu Art. 50, o aludido princípio.

Contudo, em algumas situações, a doutrina da despersonalização pura e simples não atende ao reclamo social. A partir dessa deficiência é que fez surgir a teoria da despersonalização invertida ou inversa.

Enquanto a despersonalização direta é aplicada nas hipóteses de um sócio transferir fraudulentamente os bens da sociedade para o seu patrimônio particular, deixando a sociedade sem guarida financeira para honrar seus compromissos, na despersonalização invertida ocorre o contrário. Aqui o sócio, para fugir de alguma obrigação particular transfere todos os seus bens para a sociedade, com o pensamento de que em nome do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, seus credores particulares não poderiam alcançá-lo.

Com apoio em Fábio Ulhoa Coelho (2004:45), conceitua-se desconsideração inversa como sendo o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio.

A desconsideração inversa tem aplicação muito especial no direito de família. Tornou-se comecinho na lida forense, notadamente nas execuções de prestações alimentícias, o alimentante argumentar que não dispõe de patrimônio ou remuneração suficientes para arcar com a pensão alimentícia. Entretanto,

verificando seu dia-a-dia percebe-se tratar de pessoa inserida em grandes projetos e empreendimentos, sobretudo com altas cifras envolvidas, absolutamente incompatíveis com sua situação financeira aventada no processo judicial.

Assim sendo, demonstrado que o indivíduo, de má-fé, tenta se esconder atrás da pessoa jurídica, permite-se ao juiz atingir o patrimônio da entidade no sentido desta arcar com a dívida particular de um dos seus sócios. O princípio da autonomia patrimonial cede lugar aos interesses maiores dos alimentandos.

Outras situações autorizadas da despersonalização invertida são encontradas nas separações matrimoniais ou desconstituições de união estável, nas quais o cônjuge/ companheiro empresário refugia-se sob as vestes da sociedade empresarial almejando fraudar a partilha dos bens. Além dessas, pode-se incluir as relações obrigacionais diversas do direito de família, em que o indivíduo, para fugir de seus credores, transfere seus bens para a sociedade empresarial ficando com uma mínima parcela, geralmente impenhorável, encobrendo-se sua verdadeira capacidade econômica e financeira.

Em tais casos, sem que o credor tenha que aviar ações judiciais para desconstituir transações, fruto de negócios simulados ou de condutas ineficazes, pode requerer diretamente ao juiz que julgue uma determinada demanda simplesmente afastando a intangibilidade da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Na seara jurisprudencial, inobstante reduzida, começam a surgir as primeiras decisões dando azo à aplicação da teoria da desconsideração inversa, máxime no direito de família. Nesse sentido, é o que julgou o Egrégio TJRS:

EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. Descabe escudar-se o devedor na personalidade jurídica da sociedade comercial, em que está investido todo o seu patrimônio, para esquivar-se do pagamento da dívida alimentar. Impõe-se a adoção da “disregard doctrine”, admitindo-se a constrição de bens titulados em nome da pessoa jurídica para satisfazer o débito. Apelo improvido. (Ap. Civ N° 598082162, 7ªCC, TJRS, Rel Maria Berenice Dias, J.24/06/1998).

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIROS. PENHORA. DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA RECONHECIDA, NA FORMA INVERSA. Existência de dados fáticos que autorizam a incidência do instituto. Possibilidade da penhora de bens da empresa autorizada diante das circunstâncias excepcionais comprovadas nos autos e já destacadas pela sentença, que vai confirmada por seus fundamentos. APELO IMPROVIDO. (Ap. Civ N° 70017992256, 16ª CC, TJRS, Rel: Helena Ruppenthal Cunha, Julgado em 07/03/2007) – grifos adicionados.

Por fim, é de bom alvitre ressaltar que a aplicação da teoria

da despersonalização invertida deve ser fruto de uma consciente análise a partir da ponderação de valores, quando, no caso concreto, for mais plausível e necessário ultrapassar a autonomia da pessoa jurídica a simplesmente respeitar o princípio da separação

patrimonial. Porém, qualquer que seja o argumento, essa medida nunca poderá se tornar regra, mas sim uma forma excepcional de promoção da justiça, sob pena de carrear dificuldades e incertezas no campo empresarial e nas suas relações jurídicas.

Referências bibliográficas:

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2004
BULGARELLI, Waldírio. *Direito Comercial*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1997
REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 22 ed. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1995.

3.3.2 Breves reflexões acerca da execução de alimentos diante das alterações promovidas pelas leis 11.232/2005 e 11.382/2006

Lidiane Duarte Horsth

*Promotora de Justiça no Estado de Minas Gerais
Especialista em Direito Civil pela PUC/MINAS*

Diante das alterações legislativas empreendidas em nosso sistema processual civil pelas Leis nº 11.232/2005 e nº 11.382/2006, vivas são as discussões doutrinárias concernentes a qual rito deve-se imprimir à cobrança de parcelas de alimentos vencidas e não pagas.

Defende parte da doutrina que, com a edição da Lei 11.232/05, não mais é possível a cobrança de dívida de alimentos por meio de execução autônoma, argumentando, em síntese, para sustentar tal posicionamento, que, sendo o título executivo que representa a dívida alimentar título judicial, deve o credor se valer do requerimento de cumprimento de sentença ficando o processo de execução autônomo reservado tão-somente para as hipóteses de cobrança de valores representados por títulos executivos extrajudiciais.

Outro argumento sustentado pelos que defendem a aplicação do rito do cumprimento de sentença para a cobrança de crédito alimentar é o de que o cumprimento de sentença, por não admitir embargos e, em regra, efeito suspensivo para a impugnação, acaba por ser um meio mais ágil disponível ao credor para a satisfação do seu direito.

Diverso grupo de juristas, no entanto, advoga a tese de que, mesmo com a instituição do sistema de cumprimento de sentença no nosso ordenamento jurídico pela Lei 11.232/05, a cobrança de crédito alimentar deve continuar sendo feita por meio da execução autônoma prevista pelos artigos 732 e 733 do CPC.

Argumentam esses que o legislador, quando alterou diversos dispositivos do CPC relativos à execução e ao cumprimento de sentença, não revogou ou alterou os artigos 732 e 733, havendo inclusive promovido alterações e revogações explícitas de artigos anteriores e posteriores aos referidos artigos, deixando, com isso, evidente o seu propósito de manter a sistemática dual existente para a cobrança da dívida alimentar.

Destarte, qualquer escolha que o intérprete fizer nesse tema, seja elegendo o cumprimento de sentença para cobrança da dívida alimentar, seja imprimindo a essa cobrança o rito do artigo 652 do CPC em observância ao comando do artigo 732 também do Código de Processo Civil, implicará aparente violação da legislação vigente.

Se o intérprete opta pela aplicação do procedimento previsto pelo artigo 732 do CPC ele aparentemente viola os dizeres legais ao deixar de imprimir o rito de cumprimento de sentença

a um título de caráter indiscutivelmente judicial.

Por outro lado, se o aplicador do direito afirma que o meio de se cobrar dívida alimentar é o cumprimento de sentença, ele não tem como explicar o porquê do legislador ter mantido vigentes os artigos 732 e 733 do CPC.

Não poderá ainda sustentar uma eventual execução pelo rito do artigo 733 do Estatuto Processual, já que não seria plausível admitir uma exceção à sistemática do cumprimento de sentença, que é o que representa a cobrança da dívida alimentar sob o rito do artigo 733 do CPC, e, ao mesmo tempo, não admitir a vigência e aplicabilidade do artigo 732 também relativo à cobrança de alimentos estabelecidos em título judicial.

Na verdade, a conclusão a que se chega até o momento, sem embargo de posterior alteração de posicionamento em face do surgimento de novos argumentos relevantes acerca da questão, é a de que o mais correto a fazer, diante da atual sistemática legal, é admitir a cobrança da verba alimentar por meio da execução autônoma prevista pelo artigo 732 do CPC, observando-se o rito descrito pelos artigos 652 e seguintes do Estatuto Processual.

Os artigos 732 e 733 do CPC eram, e continuam sendo, uma exceção à regra geral de cobrança de dívida representada por título executivo judicial, ou seja, são técnicas executivas especiais de uma obrigação de caráter peculiar.

Verifica-se assim que, em se tratando de obrigação de pagar quantia certa em geral, representada por título executivo judicial, aplica-se o rito do cumprimento de sentença e, caso se fale da hipótese excepcional de sentença que condena ao pagamento de alimentos, faz-se a cobrança do crédito por meio de execução autônoma sob o rito dos artigos 732 ou 733 do CPC.

Entende-se que, ao se adotar tal interpretação, não se estará afrontando o comando da aplicação do cumprimento de sentença aos títulos judiciais, tampouco negando vigência aos artigos 732 e 733 do CPC. Isso porque se estaria admitindo o cumprimento de sentença como regra e a aplicação do rito dos artigos 732 e 733 do CPC excepcionalmente a um título judicial específico, cujo tratamento sempre mereceu técnicas executivas especiais, ou seja, a uma sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia.

Tal posicionamento, da mesma forma, não pode ser combatido ao argumento de que ele estaria em contramarcha ao espírito atual de garantir meios mais céleres para a satisfação do credor.

Com a edição da Lei 11.382/06, que trouxe nova disciplina para a execução dos títulos extrajudiciais e eliminou o efeito suspensivo da execução como regra decorrente do oferecimento dos embargos, a discussão acerca da maior celeridade do cumprimento de sentença em face da execução sob o rito do artigo 732 do CPC perdeu a relevância já que pequena se tornou a diferença de duração e de dificuldade entre as duas formas de cobrança da obrigação inadimplida

Com isso não mais se justifica toda a celeuma criada acerca da aplicabilidade deste ou daquele rito. A discussão se justificava no ínterim entre a edição da Lei 11.232/2005 e a da

Lei 11.382/2006, mas, hoje, se as novas normas forem aplicadas pelo intérprete em consonância com a intenção do legislador, certamente a problemática acerca da aplicação desse ou daquele rito às execuções de alimentos não há de prosperar.

Conclui-se que, nas hipóteses de execução de obrigação alimentar fundada em título judicial, deverá o credor continuar a se valer da execução autônoma de alimentos prevista nos artigos 732, 652 e seguintes do CPC, sob o procedimento executivo dos títulos extrajudiciais, e não adotar as normas de cumprimento de sentença trazidas pelos artigos 475-J a 475-Q do Código de Processo Civil.

3.3.3 O ativismo judicial no processo civil constitucional: mecanismo fundamental para corrigir distorções e concretizar direitos



Lucas Danilo Vaz
Costa Júnior

A título de contextualização, em breve resgate histórico, cabe lembrar que, no Estado Absolutista, o poder estatal concentrava-se nas mãos do chefe do Poder Executivo, soberano e despótico. Com a Revolução Francesa e a consolidação do Estado liberal, ganhou destaque o Parlamento, ao qual se atribuiu a função de inovar a ordem jurídica, notadamente para assegurar o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, assumindo o Estado nítida feição garantista e não intervencionista. No século XX, ao

perceber a consagração da igualdade apenas formal, o Estado social, além de garantidor, passou a intervir na sociedade e na economia para assumir o papel de provedor, em ordem a promover os direitos sociais, econômicos e culturais. Nessa fase, o Poder Executivo retorna à posição de destaque, notadamente em razão do poder de inovar a ordem jurídica por meio das medidas provisórias (antigos decretos-lei). No limiar do século XXI, além de garantidor e prestador, o Estado social democrático de direito tem o compromisso com a transformação positiva da realidade social, mediante a concretização de direitos, na maior medida possível, tarefa que, sem dúvida, confere maior destaque à função jurisdicional.

Dentro dessa visão transformadora da ordem constitucional, ganha força, na instrução probatória, a atuação do juiz, que pode determinar, inclusive de ofício, a produção de provas, consoante o art. 130 do CPC.

Ora, é certo que o dever de motivar as decisões potencializa a responsabilidade do juiz no processo. Diante desse panorama, a atividade probatória assume papel de extremo relevo, já que repercutirá na maior ou menor capacidade de o juiz formar seu convencimento, com reflexos imediatos na fundamentação da decisão. Assim, inegável que a falta da prova ou a insuficiência na sua produção compromete a formação da convicção do julgador e, via de consequência, reflete na adequada prestação jurisdicional. Por esse motivo, na processualística atual, ao magistrado deve-

Lucas Danilo Vaz Costa Júnior

Especialista em Direito Processual

se conferir uma participação mais ativa na produção da prova, respeitadas as demais garantias processuais constitucionais.

Mas esse ativismo judicial no campo probatório não seria meramente complementar e posterior à atividade das partes, mas simultâneo. Isso porque, em relação a algumas provas, a sua não-produção no momento oportuno pode esvaziar os efeitos que com elas se pretendiam obter, desfalcando, sobremaneira, o conjunto probatório, de modo a comprometer a efetividade na prestação jurisdicional.

No entanto ainda há parcela da doutrina que considera a persecução probatória pelo juiz, no processo civil, como violadora dos princípios do dispositivo, da isonomia e da imparcialidade. Não é, com o devido respeito, o entendimento que se adota no presente trabalho. Na verdade, esses princípios devem ser interpretados não mais no contexto do Estado liberal, mas sob o enfoque do atual Estado social democrático de direito, a que antes se aludiu.

Desse modo, não se vulnera o princípio do dispositivo, porque, como bem anota BEDAQUE, “se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é”.¹ Ou seja, enquanto a relação jurídica material pode ter forte índole privada, a relação processual tem o timbre público, por contar com a participação do Estado-Juiz.

A seu turno, o princípio da isonomia também não é violado, a não ser sob o enfoque meramente formal, o que é incompatível com a visão transformadora própria do Estado social democrático de direito. Na visão substancial, ao revés, a isonomia significa reconhecer eventual desigualdade entre as partes, e tratá-las desigualmente na medida em que se desigualem. Prejudicada, sim, estaria a isonomia se uma das partes, com nítida superioridade na produção de prova, pudesse dela dispor ao seu alvedrio, sem que nada pudesse ser feito. Com a participação ativa do juiz, essas distorções podem ser evitadas e corrigidas.

De igual forma, não resta comprometida a imparcialidade do juiz, porque o aprofundamento na apuração dos fatos só vem favorecer a parte que de fato tenha razão. Arguta, nesse particular, a observação de BEDAQUE:

[...] não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que

¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do juiz*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. (p.93)

a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?²

A resposta à indagação acima é afirmativa. Com efeito, a atividade desenvolvida para atingir, no maior grau possível, a verdade processual não pode ficar condicionada ao maior poderio econômico e cultural de qualquer das partes, sob pena de o juiz declarar o direito a quem não o possui.

Ademais, cabe anotar que as provas produzidas sob a determinação judicial são submetidas ao crivo do contraditório, para que as partes, além de poderem participar da produção probatória, possam influir no convencimento do julgador, o que, por si só, afasta o receio de ofensa à imparcialidade judicial.

E não é só. O ativismo judicial no campo probatório

não ocorre de forma absoluta, já que o juiz deve fundamentar a necessidade da colheita da prova que determinou e também enunciar os motivos que lhe formaram o convencimento.

Em relação à revelia, cujo principal efeito é tornar o fato incontroverso, interessante notar que o juiz, ao se deparar com alegações de verossimilhança duvidosa, deve ordenar que o autor produza a prova de suas alegações. Afinal de contas, a alegação de um conto de fadas pelo autor não se torna verdade só pela ausência de contestação do réu.

Portanto, conclui-se que os poderes instrutórios conferidos ao juiz têm o condão de promover o equilíbrio entre as partes no processo, em observância ao princípio da paridade de armas, com vistas a uma prestação jurisdicional mais equânime e legítima, que busque a concretização do direito a quem efetivamente o tenha.

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do juiz*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. (p.108)

3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.4.1 ASSIS, Araken de (coord.). **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 1596.

O livro é uma merecida homenagem ao grande jurista e Professor José Manoel de Arruda Alvim Netto, tendo sido coordenado por Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Rodrigo Mazzei, Teresa Arruda Alvim Wambier e Thereza Alvim.

Nesta obra, o leitor poderá encontrar uma seleção **com mais de 130** excelentes artigos jurídicos dos mais notáveis civilistas e processualistas de todo o País. Os trabalhos aqui publicados foram estruturados nas seguintes seções: contratos, direitos da personalidade, família, negócios jurídicos, prescrição e decadência, propriedade intelectual, reais, direito civil e proces-

sual, ação rescisória, advocacia, decisão judicial e seus efeitos, defensoria pública, direito comparado, execução, intervenção de terceiros, inventário, partilha, separação e divórcio por escritura pública, Ministério Público, processo cautelar, processo coletivo, processo de conhecimento, processo e constituição, processo e sociedade, recursos, reforma do CPC, teoria geral do processo, tutela antecipada e tutela inibitória.

Cada uma dessas seções contou com a participação dos melhores especialistas da área, fazendo da obra uma riquíssima fonte de pesquisa e atualização, abrangente e muito bem sistematizada.

B) Artigos

3.3.4.1 LIMA NETO, Francisco Vieira. **Execução e prisão decorrentes da falta de pagamento da pensão alimentícia por escritura pública** In Revista de Processo. São Paulo: nº 152, ano 32 (outubro), 2007, págs. 195–205.

No artigo, Francisco V. Lima Neto analisa a sistemática de execução dos créditos alimentares fixados extrajudicialmente, bem como sobre a possibilidade de prisão civil no caso de inadimplemento.

Inicialmente, o autor aponta o cabimento de serem fixados alimentos a filhos maiores no âmbito extrajudicial, indicando, para tanto, o entendimento exarado pelo Colégio Notarial do Brasil no seu *Manual Preliminar de Instruções sobre a Lei 11.417/2007*. Em relação à ferramenta adequada para a cobrança do crédito eventualmente atrasado, Lima Neto indica a ação de execução de título extrajudicial, com base nos artigos 580 e ss. e 646, ambos do CPC.

Por fim, sobre a possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos fixados em escritura pública, o autor justifica a sua posição com o seguinte argumento:

Devemos formular uma interpretação não restritiva, portanto, pois se a redação da Constituição Federal não se referiu apenas a obrigação alimentar estabelecida por ato judicial, não deve o intérprete fazê-lo, especialmente quando a matéria envolve alimentos, que são essenciais à sobrevivência da pessoa humana (p. 204).

É proposta ainda uma alteração do artigo 733 do CPC para passar a prever a hipótese de prisão civil nos termos apontados no artigo.

3.3.5 Jurisprudência da área

3.3.5.1 TJGO, 3ª Câmara Cível. Tutela jurídica do nascituro. Responsabilidade Civil. Fixação de dano moral em seu favor. Adoção da Teoria Conceptionista

EMENTA: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. DUPLO APELO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABORDAGEM INDEVIDA DE POLICIAIS MILITARES. CARACTERIZAÇÃO DE DANO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CULPA EXCLUSIVA DAS VITIMAS. INOCORRÊNCIA. NASCITURO. DANO MORAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DO QUANTUM. RAZOABILIDADE. 1 - Deve ser excluída a indenização arbitrada em favor da mãe menor que não se encontrava no momento da abordagem policial, figurando nos autos apenas na condição de representante legal de sua filha. 2 - Restando comprovada a atuação dos agentes públicos - policiais militares, o dano moral experimentado pelos autores e o nexo de causalidade, caracterizada esta a obrigação do estado em ressarcir-los, não havendo que se falar em culpa exclusiva das vítimas e nem em estrito cumprimento do dever legal. 3 - Conforme entendimento da teoria conceptionista e baseado no pacto de São José da Costa Rica, o nascituro é considerado pessoa desde a concepção, devendo ser resguardada sua vida, integridade física e saúde, podendo ser indenizado se ocorrer algum ato ilícito que lhe prejudique ou coloque em risco sua vida, no período da gestação de sua mãe. 4 - Na indenização por dano moral, advinda de responsabilidade extracontratual, a correção monetária deve incidir a partir do ato judicial que fixou o montante da condenação. 5 - Os honorários advocatícios foram fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as disposições do art. 20 do Código de Processo Civil. 6 - Deve-se manter o *quantum* a ser indenizado quando o juiz monocrático fixa o valor com moderação e razoabilidade. Primeira apelação conhecida e improvida. Remessa e segunda apelação conhecidas e parcialmente providas.

[...]

Quanto à assertiva do Estado de Goiás de que a sentença recorrida deve ser reformada em relação à nascitura X, vez que o eventual dano causado ao feto não pode ser indenizado, vejo que não merece prosperar. É mister ressaltar que a questão da personalidade jurídica do nascituro e a possibilidade de consideração dos danos morais a ele infligidos é bastante polêmica e

controvertida, atingindo uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo o tema abordado com muita frequência nos tribunais pátrios. Percebe-se que há uma tendência do julgador em adotar a teoria natalista, na qual a personalidade tem início a partir do nascimento com vida, não podendo o nascituro receber qualquer indenização, já que não é pessoa nem sujeito de direitos e a teoria da personalidade condicional, a qual sustenta que o nascituro tem personalidade, sob a condição de nascer com vida. Existe ainda, uma terceira teoria, a conceptionista, que entende que desde a vida intra-uterina o nascituro é pessoa, sendo titular de direitos, podendo ser indenizado por danos morais. Todas essas correntes vivenciam um conflito de hermenêutica, já que entendem de diversas formas o art. 2º do Código Civil, que dispõe: “Art.2º- A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

No presente caso, entendo ser mais prudente adotar os segmentos da teoria conceptionista, isto porque constatou-se que a nascitura sofreu danos no momento em que sua mãe, no sexto mês de gestação, foi vítima de agressão, violência-alvo de balas, maus-tratos praticados por policiais militares, os quais a algemaram e a obrigaram a deitar-se no chão, sem qualquer cautela, colocando-a em situação de risco, provocando-lhe conseqüências e interferindo de alguma maneira o desenvolvimento natural do feto.

É cediço que, desde a concepção, o nascituro evidencia os seus direitos à vida, à conservação, à liberdade, à defesa, devendo ser a ele assegurado o direito de vir ao mundo de forma sadia, sem traumas, sem deformações, quer físicas, psíquicas ou provocadas, na maioria das vezes, pelas violências que a mãe sofre durante o período de gestação, eis que ele absorve para si, todas as angústias, abalos, dores, crises nervosas e outras anormalidades vivenciadas pela mãe. E o direito, amparado na lei deve dar a proteção real ao ser humano que está por vir. (TJGO, 3ª Câmara Cível, Duplo Grau de Jurisdição nº 12394-4/195 (Processo nº 200600898827), Rel. Des. Rogério Arédio Ferreira, j. 25.09.2007, DJ 18.10.2007).

3.3.5.2 TJRS, 7ª Câmara Cível. Sucessão da Companheira. Não aplicação do art. 1790, III, do CC. Igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Direito à totalidade da herança.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples

fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. Preliminar não conhecida e recurso provido.

No caso em exame, o ponto nodal da discussão diz respeito ao direito ou não de o recorrente, na condição de companheiro, herdar a totalidade da herança de alguém que não deixou descendentes ou ascendentes. Se a ele se confere o *status* de cônjuge, ou se se lhe impõe as disposições do Código Civil de 2002, onde restou estabelecida, mediante interpretação restritivamente literal, distinção entre cônjuge e companheiro, conferindo àquele privilégio sucessório em relação a este.

O tema, que já é objeto de acirrada discussão jurisprudencial, merece exame, não só sob o prisma da concretude do fato, mas igualmente, e, em especial, diante da proteção que o sistema jurídico pátrio outorga à família, quer seja ela família de fato, ou de direito. Desta forma, à luz desse ponto de partida, ou seja, do princípio de igualdade, não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. “*O equitativo*”, explica Aristóteles, “*embora sendo justo, não é o justo de acordo com a lei, mas um corretivo da justiça legal*”, o qual permite adaptar a generalidade da lei à complexidade cambiante das circunstâncias e à irredutível singularidade das situações concretas.” (In Pequeno Tratado das Grandes Virtudes, de André Comte-Sponville, Editora Martins Fontes, 2004, págs. 93 e 94).

Não se pode perder de vista, ademais, que a própria Constituição Federal, ao dispor no § 3º do artigo 226 que, *para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar*

sua conversão em casamento, não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros. Tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil (Lei n.º 8.971/94 e Lei n.º 9.278/96). Não é aceitável, assim, que prevaleça a interpretação literal do artigo 1.790 do CC 2002, cuja sucessão do companheiro na totalidade dos bens é relegada à remotíssima hipótese de, na falta de descendentes e ascendentes, inexistirem, também, “parentes sucessíveis”, o que implicaria verdadeiro retrocesso social frente à evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto da união estável havida até então.

A matéria em discussão ganhou relevância a ponto de haver Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional, propondo a revogação do artigo 1.790 e a alteração do artigo 1.829 do CC 2002 (Projeto de Lei n.º 4.944/2005 – de autoria do deputado Antônio Carlos Biscaia), fruto de estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)

Cabe consignar, outrossim, que primar pela aplicação literal da regra prevista no artigo 1.790, III, da nova Lei Civil, além de afrontar o princípio da equidade, viola também o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, o que, na hipótese dos autos, ocorreria por parte do irmão da autora da herança em detrimento do companheiro supérstite, que com a falecida convivia desde o ano de 1.995.

Portanto, diante das razões acima expendidas, dou provimento ao recurso para o fim de afastar o agravado da sucessão dos bens deixados pela *de cujus*. (TJRS, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70020389284, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 12.09.2007)¹.

3.3.5.3 STF, 1ª Turma. Os embargos de declaração, se opostos contra acórdão da Turma Recursal nos Juizados Especiais, interrompem o prazo recursal. A regra da suspensão do prazo aplica-se somente em face das sentenças proferidas no âmbito desse órgão jurisdicional

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUIZADO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DA TURMA RECURSAL. EFEITOS. RECURSO PROVIDO. 1. Lei 9.099/95, artigos 48 e 50. Cabimento de embargos de declaração contra sentença. Suspensão do prazo recursal. Norma restritiva aplicável a sentenças, que não pode ser estendida à hipótese de embargos declaratórios opostos contra acórdão de turma recursal, apesar de os juizados especiais estarem alicerçados sobre o princípio da celeridade processual, cuja observância não deve implicar redução do prazo recursal. 2. Embargos

declaratórios opostos contra acórdão de turma recursal. Efeito. Interrupção do prazo estabelecido para eventual recurso. Aplicação da regra prevista no Código de Processo Civil. Norma restritiva. Interpretação. As normas restritivas interpretam-se restritivamente. 3. Agravo regimental provido, para afastar a intempestividade prematuramente declarada pelo juízo “a quo”, determinando-se a subida do recurso extraordinário, que somente deverá ocorrer após o transcurso do prazo concedido ao recorrido para apresentar contra-razões. (STF, 1ª Turma, AI-AgR 451078 / RJ, Rel. Min. Eros Grau, j. 31.08.2004, DJ 29.04.2004, p. 04).

3.3.5.4 STJ, 2ª Turma. Afastamento da coisa julgada devido à alteração na base fática da decisão. Utilização da ação civil pública como ação política e instrumento maior da cidadania

EMENTA: PROCESSO CIVIL – COISA JULGADA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ADEQUABILIDADE – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Os defeitos processuais das decisões judiciais são corrigidos por via da ação rescisória, mas os defeitos da base fática que retiram da sentença a sua sedimentação, tornando-a nula de pleno direito ou inexistente, podem ser corrigidos, como os demais atos jurídicos, pela relatividade da coisa julgada nula ou inexistente. 2. Se a sentença transitada em julgado sofre ataque em sua base fática por parte do Estado, que se sente prejudicado com a coisa julgada, pode o Ministério Público, em favor do

interesse público, buscar afastar os efeitos da coisa julgada. 3. O ataque à coisa julgada nula fez-se *incidenter tantum*, por via de execução ou por ação de nulidade. Mas só as partes no processo é que têm legitimidade para fazê-lo. 4. A ação civil pública, como ação política e instrumento maior da cidadania, substitui com vantagem a ação de nulidade, podendo ser intentada pelo Ministério Público. 5. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, 2ª Turma, RESP 445664 / AC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. para o acórdão Rel. Min. Eliana Calmom, j. 15.04.2004, DJ 07.03.2005, p. 194).

¹ Material gentilmente enviado pela Exma. Sra. Desembargadora Maria Berenice Dias (TJRS).

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Aplicação dos critérios de exclusão da tipicidade como forma de racionalização da atuação do Ministério Público na área criminal¹



Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Não sendo possível ao legislador descer a detalhes na elaboração do tipo penal, cabe ao aplicador do Direito delimitar o âmbito de sua abrangência conforme as peculiaridades do caso concreto². Esse juízo valorativo deve ser feito pelo intérprete com a finalidade de restringir o alcance do tipo legal somente para as situações que realmente têm relevância para o direito penal.

Nesse contexto, o titular da ação penal deve avaliar o fenômeno da tipicidade sob a óptica da ocorrência ou não de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (tipicidade material), deixando de lado o mero juízo formal de adequação de fatos reais a modelos previstos na lei (tipicidade formal).

Para que o juízo de tipicidade não atinja fatos estranhos ao Direito Penal, devemos entendê-lo sob uma concepção material, ou seja, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. São casos nos quais a *licitude do fato está implícita no tipo incriminador e, com isso, o juízo de antijuridicidade pode ser antecipado para o momento da valoração do tipo*.

Esses elementos de *licitude implícitos no tipo incriminador* são critérios de exclusão da tipicidade material. Entre eles, destacamos: atipicidade conglobante, princípios da adequação social, do risco tolerado (ou permitido), da confiança, da insignificância, bem como o consentimento do ofendido.

A *atipicidade conglobante* ocorre nas situações em que existe, no ordenamento jurídico, uma norma que fomenta ou imponha uma determinada conduta, não obstante tal ação ou omissão sejam aparentemente abrangidas pelo tipo incriminador. Destarte, a conduta aparentemente vedada não é alcançada pela proibição em razão da análise conjunta que devemos fazer do tipo incriminador e das demais normas vigentes³. É um critério normativo de correção da tipicidade legal que esvazia um pouco as causas de exclusão da ilicitude, mais especificamente o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de

um direito.

O *princípio da adequação social* foi introduzido no Direito Penal por Hans Welzel⁴. É aplicado nos casos em que o comportamento do agente seja considerado normal pela sociedade em um dado momento histórico, embora não exista uma norma que o imponha ou o fomenta. Observe-se, porém, que não se trata de revogação da lei pelo costume, conforme equivocadamente apontam alguns doutrinadores. A adoção desse princípio implica, tão-somente, uma valoração que corrige a abrangência do tipo penal no caso concreto, mas o tipo legal continua em pleno vigor e pode eventualmente ser aplicado em outras situações. A nosso ver, os critérios de adequação social e de atipicidade conglobante se complementam, sendo este baseado em uma norma e aquele na ética social.

Por sua vez, o *princípio do risco permitido* ou do *risco tolerado* tem aplicação nas situações envolvendo comportamentos culposos que, não obstante arriscados, são aceitos devido ao interesse da coletividade⁵ ou se o benefício da respectiva atividade tiver uma fundamentação plausível para quem potencialmente suportará os custos⁶. Isso não significa, porém, que a atividade perigosa possa ser realizada sem qualquer espécie de precaução, pois, justamente por serem perigosas, devem ser realizadas com o máximo cuidado possível⁷. Cremos que esse critério não deve ser confundido com o da adequação social, visto que nem toda conduta aceita pela sociedade representa um risco. Um bom exemplo de sua aplicabilidade é a cirurgia para separação de gêmeos xifópagos, procedimento extremamente arriscado, no qual há grande possibilidade de óbito de um ou ambos operados. O médico age com culpa consciente, pois sabe dos riscos, mas acredita que o resultado morte não ocorrerá, situação na qual não pode ser responsabilizado criminalmente em virtude do princípio do risco tolerado.

O *princípio da confiança*, desenvolvido pela jurisprudência alemã, fundamenta-se no fato de que os membros da sociedade organizam suas atividades pressupondo que os demais indivíduos se comportem conforme as expectativas sociais⁸. Sua principal aplicação dá-se nas questões envolvendo tráfego de veículos⁹, embora não possamos excluir a possibilidade de sua utilização em outras situações¹⁰.

¹ Texto baseado em monografia de sua autoria, sob o título “Causas de Exclusão da Tipicidade”, apresentada no 3º Curso de Especialização em Direito Penal (pós-graduação *lato sensu*) da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – turma 2000.

² GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. (p. 106)

³ Sobre o tema da tipicidade conglobante ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (p. 458 e ss)

⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (p.58 e 60)

⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal parte general*, v. 1. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. (p.555)

⁶ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (p.38)

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. (p.119)

⁸ GALVÃO, Fernando. *Imputação Objetiva*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. (p.82)

⁹ WELZEL, Hans. *Op. cit.* (p.79)

¹⁰ D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (p.52-53)

O princípio da insignificância baseia-se na idéia de que o direito penal, por sua natureza fragmentária, não deve ocupar-se de danos de pouca monta. Aplica-se a qualquer espécie de crime, nas hipóteses em que a conduta do agente causa um resultado, em que há nexos causal, mas a afetação do bem jurídico-penal é tão pequena que não subsiste nenhuma razão para a imposição da reprimenda. É um fator de limitação do poder punitivo estatal, tendo em vista que se exige uma proporcionalidade entre a extensão da lesão produzida e a drasticidade da intervenção do Estado. Sua criação é atribuída a Claus Roxin¹¹.

O consentimento do ofendido configura sempre uma causa de exclusão da tipicidade¹². Somente pode ser admitido quando a questão envolver bem jurídico disponível. Embora sua aplicabilidade na seara penal seja restrita, há situações nas quais ele serve como única causa de exclusão da tipicidade material do fato. Para nós, esse critério deve ser utilizado apenas se nenhum dos outros acima mencionados for suficiente para se concluir pela atipicidade material do fato. Ex.: cirurgia de ablação de órgão sexual masculino.

A aplicação desses fatores de exclusão da tipicidade material tem reflexos práticos no direito processual penal, princi-

palmente em relação à atuação do Ministério Público que, como titular da ação penal, pode evitar o início de processos evidentemente inúteis, bem como requerer o julgamento antecipado da lide ao detectar a atipicidade material do fato no decorrer do processo, inclusive após o início da instrução, evitando a prática de atos procedimentais desnecessários.

Essa mudança de paradigma na interpretação da tipicidade é um passo fundamental para obtermos maior eficiência na atuação do Ministério Público na área penal, pois, dessa forma, cremos que é possível evitarmos o início (ou a continuidade) de processos que tratem de fatos sem nenhuma importância para o direito penal.

Sem a pretensão de dar uma solução mágica para os problemas que ocorrem atualmente na área penal (grande quantidade de processos, demora na obtenção de decisões definitivas etc), cremos que a adoção de tal postura pelo órgão ministerial, fatalmente, gerará a diminuição de processos em andamento nas sempre abarrotadas varas criminais, possibilitando, assim, que o membro do *Parquet* possa despendar mais tempo com medidas voltadas à apuração de delitos de maior gravidade. Cremos que essa é uma das formas de atingirmos a racionalização da atuação do Ministério Público na esfera penal.

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. (p.133)

¹² ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (p.52)

3.4.2 Prevenção e repressão ao uso e comércio de drogas

As recentes discussões acerca da possibilidade de concessão da liberdade provisória em face da nova Lei nº 11.464/07 que alterou o artigo 2º da Lei 8.072/90, a qual, em sua redação original, vedava referido benefício aos crimes hediondos e equiparados, como o tráfico de drogas, mitigou o rigor imposto pela Lei 11.343/06. O novo diploma legal que definiu os crimes de tráfico de drogas e assemelhados tem, por princípio, a maior repressão ao delito, aumentando a pena mínima para os agentes infratores e prevê em seu artigo 44 vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que gerou debates em vários setores da sociedade.

A decisão de permitir concessão de liberdade provisória aos réus presos em flagrante representaria garantia ao princípio constitucional da presunção de inocência. No entanto, faz crescer a perplexidade dos órgãos encarregados pela segurança pública. O réu preso por tráfico de drogas, por exemplo, pode em poucos dias retornar ao convívio social, quando, em regra, volta a praticar a mesma conduta delituosa, pois, na maioria das vezes, encontra na atividade ilegal o seu meio de vida, somente afastando-se da criminalidade enquanto preso.

Além do mais, percebe-se que a nova Lei 11.343/06 inovou ao proibir a prisão em flagrante do usuário de drogas (art. 28), não admitindo que o simples usuário inveterado ou ocasional possa cumprir pena privativa de liberdade impondo a ele, seja dependente ou não de drogas, penas que são, na verdade, medidas educativas ou de advertência, como frequência em cursos e palestras, podendo, em casos de descumprimento, serem aplicadas

Flávio Reis Mello

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

multas, as quais dificilmente serão pagas e executadas.

No dia internacional de combate às drogas, foram divulgadas informações de que somente em Minas Gerais existem quatro mil pessoas internadas em centros de recuperação para dependentes químicos. É sabido que, entre os diversos tipos de dependentes, nem sempre há aceitação do tratamento e um reduzido número de necessitados obtém êxito em sua recuperação, situação que demanda reflexões.

É interessante a discussão sobre o aumento do número de usuários que de forma velada tentam não debater em público a questão de sua preferência pelo uso ocasional de drogas. Mas evitam contato com os traficantes, usando dos novos recursos tecnológicos para receberem a droga para o consumo pessoal ou compartilhado, fugindo ao debate quanto à periculosidade daquela conduta enquanto proibida pelo Estado.

Percebe-se, ainda, a grande dificuldade de contenção na difusão das drogas diante da pequena quantidade de estabelecimentos cadastrados no sistema de saúde pública para tratamento dos viciados e a impossibilidade de serem os usuários submetidos a qualquer medida mais eficiente que assegure que, depois de flagrados no uso de drogas, não voltem a praticar a mesma conduta.

Da mesma forma, são perceptíveis, como características marcantes dos aglomerados, a população de baixa renda em grande concentração e o elevado número de pontos de tráfico de drogas. A aliança entre o elemento populacional e a disputa

pelo controle das atividades criminosas faz crescer o número de homicídios. Em contrapartida, o Estado tem demorado a ocupar o espaço onde a criminalidade organizada dispõe de grandes recursos utilizados na disseminação de novas e lucrativas modalidades de drogas, buscando a ampliação do mercado consumidor, realidade que até o momento tem ficado quase que esquecida.

Tal problemática exigirá das autoridades de saúde e segurança pública um novo posicionamento que busque a conciliação dos interesses, de forma a dar continuidade às tentativas de reinserção dos usuários de drogas na sociedade, mas, por outro

lado, reprimindo com eficiência o tráfico, controlando a violência decorrente de tal modalidade criminosa e oferecendo novas oportunidades de tratamento a uma gama maior de dependentes químicos.

Exemplo de tentativa bem-sucedida no Estado de Minas Gerais está no programa de controle de homicídios “Fica Vivo”, restando evidente aos participantes a necessidade de trabalho conjunto nas áreas de prevenção e repressão à criminalidade, sendo imperiosa a desarticulação das quadrilhas que dão suporte financeiro aos traficantes.

3.4.3 Da possibilidade da revisão criminal em face da sentença homologatória da transação penal

Angelo Ansanelli Junior

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais Pós-Graduado em Ciências Penais e Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais



Angelo Ansanelli Junior

Questão debatida na doutrina e jurisprudência concerne ao fato de se admitir ou não a revisão criminal em face das sentenças homologatórias da transação penal. Para chegarmos à conclusão, há necessidade de analisar os dois institutos (a revisão criminal e a transação penal), bem como a natureza jurídica deles.

Aduzem Ada Pelegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que, desde a vigência do Código de

Processo Penal, a revisão criminal

foi sempre contemplada em nível constitucional e, embora não incluída no capítulo atinente aos direitos e garantias fundamentais, guarda ela, sem dúvida natureza de **ação constitucional** e é considerada tradicionalmente **direito fundamental do condenado**.¹ (grifamos).

Vemos, pois, que a Carta Magna, em diversos dispositivos, fez menção à revisão criminal. Possibilitou-a, até mesmo em relação a decisões proferidas pela mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal. Isso denota que, em virtude do disposto no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, o constituinte consagrou a revisão criminal como um direito fundamental do cidadão.

José Frederico Marques afirmava que, em face do disposto no art. 144 da Constituição de 1.967 (similar ao atual art. 5º, § 2º da Carta Magna) evidente estava que o direito do condenado à revisão criminal seria um desses direitos e garantias decorrentes dos postulados democráticos da Constituição. O art. 101, nº IV – artigo 102, I, letra j –, segundo José Frederico Marques, embora tivesse por objetivo precípuo fixar a regra de competência, trazia

implícita a consagração desse direito.²

Em face disso, deixamos assentado em trabalho de nossa autoria:

Temos, pois, que a revisão criminal é um direito fundamental do condenado. Todavia, além de um direito fundamental, a revisão criminal possui natureza de garantia constitucional, encontrando seu fundamento de validade no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.³

Pelas lições trazidas à lume, temos que a revisão criminal confere especificidade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em direito subjetivo do condenado.

De outro lado, temos que as decisões homologatórias de transação penal, possuem natureza de verdadeiras sentenças de cunho condenatório.

Geraldo Prado, defendendo o ponto de vista de que a decisão homologatória da transação penal possui natureza condenatória, afirma:

Nosso pensamento é de que a sentença em questão é condenatória, de tipo sumário, e que emerge em seu meio instrumental definido por alguns doutrinadores como o devido processo legal da transação penal.⁴

Marcellus Polastri Lima, no mesmo diapasão, ensina:

Na verdade o que existe é uma sentença homologatória, que, no dizer de Mirabete, tem também cunho condenatório, pois impõe uma sanção ao autor do fato, mesmo que acordada, e tem efeitos processuais e materiais realizando a coisa julgada formal e material e impedindo a instauração da ação penal. Assim, apesar de não valorar a culpabilidade do agente, e não trazendo os efeitos comuns à ação condenatória, trata-se de verdadeira ação condenatória imprópria, no dizer de Mirabete.⁵

¹ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *Recursos no processo penal*. São Paulo: RT, 1998. (p.306)

² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. IV. Campinas: Bookseller, 1998. (p.308)

³ ANSANELLI JUNIOR, Angelo. *O tribunal do júri e a soberania dos veredictos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. (p. 126)

⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. (p.212)

⁵ LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados Especiais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. (p.100-101)

Primeiramente, cabe observar que a referida decisão faz coisa julgada material, possuindo status de sentença condenatória, conforme acima exposto (que não gera reincidência por força de lei). Se a decisão faz coisa julgada material, uma vez que homologa um acordo celebrado entre as partes e impõe ao transator o cumprimento de alguma obrigação, goza da característica de sentença condenatória.

Aliás, conforme escólio de Afrânio Silva Jardim, quando o Ministério Público oferece proposta de transação penal, está exercendo a ação penal. Assim afirma:

Por outro lado, estabelecemos uma premissa para a compreensão do sistema interpretativo proposto: quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da lei 9.099/95, está ele exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral – como a denúncia – fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora essa aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena).⁶

Ou seja: há uma acusação, sumária é claro, e a aplicação de uma pena, motivo pelo qual a decisão homologatória possui caráter de sentença condenatória.

Segundo pensamos, vedando-se a possibilidade de propositura de revisão criminal em face das decisões homologatórias de transação penal, estar-se-ia violando o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição Federal), que fundamenta a própria revisão, conforme acima já assentado. Coarctando-se a propositura da ação revisional em face das referidas decisões, conclui-se que estas passariam a gozar de força imutável, que nenhuma outra sentença proferida em processos criminais teria.

Imaginemos o caso em que o suposto autor, mal orientado, transaciona com o Ministério Público em virtude de um fato atípico. A decisão homologatória de transação penal, na hipótese mencionada, viola texto expresso de lei (art. 621, I do Código de Processo Penal), impondo ao transator a obrigação de cumprir determinadas condições por fato que não é tipificado como infração penal. Vedando-se a possibilidade de revisão criminal, o transator, por ter aceitado equivocadamente a proposta, se veria obrigado a suportar um ônus desnecessário.

É possível que o agente transacione, outrossim, uma vez que consta dos autos um exame ou documento que se descobre, posteriormente, ser comprovadamente falso. Ao impedir a interposição da revisão criminal, estaríamos chancelando a produção de provas ilícitas, fato que violenta os mais sagrados princípios constitucionais (art. 621, inciso II, do Código de Processo Penal).

Pensemos na situação em que o suposto autor transaciona,

para não enfrentar os trâmites do processo e, posteriormente, surgem novas provas no sentido de que o fato não ocorreu, ou que o autor do fato foi outra pessoa. Impedido de intentar a revisão criminal, o transator se veria obrigado a cumprir com obrigação que não lhe podia ser imputada (art. 623, inciso III, do Código de Processo Penal).

Carlos Roberto Barros Ceroni, defendendo a possibilidade de revisão criminal diante de tais decisões, ensina:

A decisão homologatória da transação penal realizada entre o réu e o Ministério Público (art. 76, §4º, da Lei n. 9.099/1995) é uma sentença no sentido técnico-jurídico da expressão, eis que põe termo a um procedimento. Apesar da controvérsia doutrinária a respeito, entendemos que ela é de natureza condenatória, pois, independentemente de concessão ou não do autor da infração, há aplicação de pena – a lei diz, textualmente, que o “juiz aplicará pena” –, que é um corolário da condenação. Ademais, tem-se que, em caso de não proposição da apelação (nos termos dos arts. 76, §5º e 82, da Lei n. 9.099/1995), a decisão condenatória em questão gera eficácia de coisa julgada formal e material, pois impede a instauração de ação penal contra o autor do fato, em caso de descumprimento do acordo celebrado. Portanto, estamos diante de uma sentença condenatória – ainda que rotulada como imprópria – que transitada em julgado e gera a *res judicata*, podendo o réu, por conseguinte, com base em qualquer dos fundamentos legais (art. 621 e respectivos incisos ou art. 626, *caput*, parte final, ambos do CPP), ingressar com a revisão, pois satisfeitas as condições da ação ou de procedibilidade.⁷

A mesma opinião é compartilhada por Sérgio de Oliveira Médici, que afirma:

A revisão será ainda cabível nos casos de transação entre o Ministério Público e o autor da infração, com imposição de pena restritiva de direitos ou multa pelo juiz. Trata-se, neste caso, de condenação penal. Assim, passada em julgado a sentença, o punido terá o direito de requerer revisão. Poder-se-ia alegar que, como houve aceitação da pena pelo autor da infração, a revisão não teria cabimento. O argumento, entretanto, não resiste a três motivos preponderantes: 1º – a concordância com a imposição de pena não afasta a característica da condenação (tanto assim que a lei faculta a apelação); 2º – a revisão constitui direito constitucional indisponível do acusado, pois objetiva a correção do erro judiciário; 3º – a transação pode configurar nulidade, ensejando o pedido revisional com fundamento no art. 626, última parte, do Código de Processo Penal.⁸

Concluindo, entendemos que a decisão homologatória da transação penal se consubstancia em verdadeira decisão condenatória, justificando a possibilidade de propositura da ação de revisão criminal, quando presentes os requisitos dos arts. 621, incisos I a III e 626 do Código de Processo Penal, uma vez que esta se fundamenta no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

⁶ JARDIM, Afrânio Silva. Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais. *Boletim do IBCCRIM*, n. 48. São Paulo: RT, 1.996.

⁷ CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão Criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. (p.205–206)

⁸ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. São Paulo: RT, 2000. (p.179–180)

3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.4.4.1 CAVALIERE, Antonio. **L'Errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penal: Contributo ad una sistematica teleologica.** Napoli: Jovene Editore, 2000. 627p.

A seção de indicação de obras e artigos jurídicos em direito penal traz um livro que é recomendado especialmente para aqueles estudiosos que já se encontram em um estágio mais aprofundado sobre a matéria.

Antonio Cavaliere nos apresenta o seu *Erro sobre as discriminantes na teoria do delito penal*, um vasto estudo que, em suas mais de 600 páginas, busca esgotar o tema, trazendo não a postura clássica encontrada nos principais manuais. Antes, de cunho notadamente científico, Cavaliere oferece-nos uma visão abrangente da teoria do erro, em que é possível encontrarmos toda a construção dogmático-teórica acerca desse assunto.

Nesse sentido, são trazidos a origem da controvérsia em torno do erro sobre as discriminantes, sua evolução, seu tratamento consagrado pelas diversas escolas penais, o debate atual,

B) Artigos

3.4.4.2 AZEVEDO, David Teixeira de. **A culpabilidade e o conceito tri-partido de crime.** In *Atualidades no Direito e Processo Penal*. São Paulo: Método, 2001. págs. 57–70.

David Teixeira é docente na Faculdade de Direito da USP, sendo ainda mestre e doutor pela mesma Universidade.

A obra em destaque, *Atualidades no Direito e Processo Penal*, reúne vários artigos e trabalhos científicos do autor, já publicados em várias revistas especializadas. Dos 13 artigos aqui colecionados, escolhemos comentar o relativo à culpabilidade e sua colocação dentro da teoria do crime.

Neste trabalho, David Teixeira aborda a polêmica que reside em saber se a culpabilidade seria mais um dos elementos do delito concebido a partir da sua estrutura analítica ou, por outro lado, se consistiria em mero pressuposto de aplicação da pena. Desenvolvendo didaticamente o seu raciocínio, tendo

os pressupostos teleológico-sistemáticos para uma reconstrução da disciplina, entre outros.

O livro, dividido em duas partes, procura inicialmente uma reconstrução da evolução dogmática do tema e um confronto com as principais posições teóricas que caracterizaram a controvérsia posta em debate, desde o seu nascedouro até os dias atuais. Na segunda parte, o trabalho se preocupa com o desenvolvimento e tratamento da teoria do erro baseada na aplicação de um método teleológico e orientada, em nível substancial, segundo a finalidade político-criminal de derivação constitucional.

Tudo isso, em grau de profundidade que certamente satisfará a quem deseja novos argumentos e bases teóricas para avançar na tarefa de compreensão, assimilação e re-configuração do instituto no plano do ordenamento jurídico brasileiro.

como apoio a abalizada opinião de vários doutrinadores de peso, o autor chega a concluir:

A concepção do crime apenas como conduta típica e antijurídica, colocada a culpabilidade como concernente à teoria da pena, desmonta lógica e essencialmente a idéia jurídico-penal de delito além de trazer sérios riscos ao direito penal de cariz democrático, porquanto todos os elementos que constituem pressupostos da intervenção estatal na esfera da liberdade – sustentação de um direito penal minimalista – são diminuídos de modo a conferir-se à categoria da culpa, elevada agora a pressuposto único da intervenção (p. 69).

Vale a pena conferir o bem elaborado artigo, bem como os demais que compõem esta obra do Professor David Azevedo.

3.4.5 Jurisprudência da área

3.4.5.1 STJ, 5ª Turma. *Em relação ao prazo necessário para progressão de regime nas condenações por crimes hediondos, a Lei 11.464/2007 (lei especial) é mais gravosa do que a Lei de Execuções Penais (lei geral), não sendo aplicada, neste particular, aos crimes ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor*

EMENTA: CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO. PROGRESSÃO DE REGIME. LEI N.º 11.464/2007. LAPSO TEMPORAL DE 2/5 DA PENA. *NOVATIO LEGIS IN PEJUS*. APLICAÇÃO RESTRITA AOS DELITOS COMETIDOS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI. ÓBICE À OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO AFASTADO. PRAZO DE 1/6 QUE DEVE SER MANTIDO. ORDEM CONCEDIDA. 1- A Lei n.º 11.464/2007, apesar de ter modificado o regime prisional dos condenados por delitos hediondos para o

inicialmente fechado, somente permitiu a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 do total da pena, em caso de apenado primário, e de 3/5, quando reincidente. 2- Tratando-se de *novatio legis in pejus*, uma vez que houve majoração do prazo legal de cumprimento de pena para a obtenção da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, a sua imediata aplicação configura ofensa ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código

Penal. 3- A inovação prejudicial não pode retroagir, devendo ser aplicada somente aos crimes cometidos após a vigência da nova lei. 4- Deve ser mantida a exigência de cumprimento de 1/6 de pena pelos condenados por crimes hediondos ocorridos anteriormente à Lei n.º 11.464/2007, nos termos disposto no art. 112 da Lei de Execuções Penais. 5- Ordem concedida, para cassar o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática

que indeferiu a progressão de regime ao réu, para substituir o regime integralmente fechado pelo inicialmente fechado, determinando que o Juízo das Execuções Penais analise, de acordo com os preceitos da Lei de Execuções Penais, o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos pelo paciente, para a obtenção da benesse. (STJ, 5ª Turma, HC 88781/SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), j. 25.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 271).

3.4.5.2 TJMG, 1ª Câmara Criminal. *Independentemente da primariedade, bons antecedentes, residência e emprego fixos dos acusados, o roubo a mão armada de carga de caminhão e formação de quadrilha, por si só, já autorizam a decretação de prisão preventiva tendo em vista a sua reconhecida danosidade social e indubitosa periculosidade*

EMENTA: “HABEAS CORPUS” - ROUBO À MÃO ARMADA DE CARGA DE CAMINHÕES E FORMAÇÃO DE QUADRILHA - PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - INADMISSIBILIDADE - PRIMARIEDADE, AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES, RESIDÊNCIA FIXA E TRABALHO LÍCITO - IRRELEVÂNCIA - PERICULOSIDADE NÃO AFASTADA - CAUSA DE PÂNICO E TEMOR SOCIAL - VASTO PRONTUÁRIO CRIMINAL DOS COMPARSAS NESTE MESMO CRIME - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - DECISÃO FUNDAMENTADA - ORDEM DENEGADA. O delito de roubo à mão armada e formação de

bando ou quadrilha aterrorizam a sociedade, e seu agente revela indubitosa periculosidade, hábil a merecer a prisão preventiva, indicando ser esta imperiosa para o processo. A primariedade, os bons antecedentes, o fato de o paciente contar com residência e emprego fixos não são condições que, isoladamente, justificam a revogação da prisão, pois casos há em que a custódia se torna indispensável, sobretudo em épocas como a que atravessamos, de reclamos da sociedade em relação à impunidade, que tem sido apontada como estímulo à criminalidade (TJMG, 1ª Câmara Cível, Habeas Corpus n.º 1.0000.06.443600-9/000, Rel. Des. Márcia Milanez, j. 03.10.2006, DJ 10.10.2006).

3.4.5.3 STJ, 5ª Turma. *O simples atraso na prestação de contas pelo prefeito municipal já é suficiente para configurar o delito previsto no art. 1º, inciso VI, do Decreto-Lei 201/67*

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. DENÚNCIA QUE ATENDE OS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PROVIDO. 1. Satisfazendo a peça acusatória os requisitos do art. 41 do CPP, a elucidação dos fatos, em tese delituosos, descritos na vestibular acusatória depende da regular instrução criminal, com o

contraditório e a ampla defesa. 2. A prestação de contas antes do oferecimento da denúncia não afasta, de plano, a configuração do crime previsto no art. 1º, inciso VI, do Decreto-Lei 201/67, pois o simples atraso no cumprimento desse dever pode caracterizar o delito. Precedentes. 3. Recurso provido. (STJ, 5ª Turma, REsp 448543 / MA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06.09.2007, DJ 19.11.2007, p. 267).

3.4.5.4 STJ, 5ª Turma. *Possibilidade de advogado constituído ter acesso ao inquérito policial, salvo no caso de o sigilo ser imprescindível*

EMENTA: CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO. INQUÉRITO POLICIAL SIGILOSO. HABEAS CORPUS CONTRA MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE WRIT DE OFÍCIO. SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES INCOMPATÍVEL COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RESSALVA DOS PROCEDIMENTOS QUE NÃO PRESCINDEM DO SIGILO. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO CONCEDIDO. Hipótese em que o paciente, contra acórdão que denegou mandado de segurança, pretende desconstituir a decisão monocrática que indeferiu pedido de vista, fora do cartório judicial, dos autos de inquérito desenvolvido sob sigilo. Não compete a esta Corte a análise de habeas corpus contra decisão que denega mandado de segurança, pois a via adequada seria o recurso ordinário, não se podendo, entretanto, transmutar-se o presente como se aquele fosse, em função dos requisitos de admissibilidade próprios. Em homenagem ao princípio da ampla defesa e da fungibilidade recursal, é de se examinar a possibilidade da concessão de habeas corpus de

ofício. O entendimento inicialmente firmado por esta Corte orientava-se no sentido de que, em se tratando de inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação, não se aplicariam os regramentos constitucionais concernentes ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Acolhendo a recente orientação jurisprudencial da Suprema Corte, este Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível o acesso de advogado constituído aos autos de inquérito policial em observância ao direito de informação do indiciado e ao Estatuto da Advocacia, resguardando os garantias constitucionais e com a ressalva dos procedimentos que, por sua própria natureza, não dispensam o sigilo, sob pena de ineficácia da diligência investigatória. Precedentes do STJ e do STF. Deve ser cassado o acórdão recorrido, a fim de possibilitar aos advogados constituídos pelo paciente o acesso aos autos do inquérito policial contra ele instaurado, ressalvados os procedimentos que, por sua natureza, não prescindem do sigilo. Ordem não conhecida, concedendo-se, porém, habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Relator. (STJ, 5ª Turma, HC 64290 / SC, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19.06.2007, DJ 06.08.2007, p. 558).

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE LICITAÇÃO

4.1.1 A contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública – breves considerações acerca da inexigibilidade de licitação

O tema que se propõe discutir, amplamente debatido entre renomados juristas e tribunais pátrios, ventila recentes decisões e questões doutrinárias em face da contratação de advogado no âmbito do poder público.

A efetivação de um contrato para a prestação de serviços jurídicos denota estudos em prol da complexidade e peculiaridade afetas a cada caso, de forma a examinar quais subsídios legais ampararão o vínculo que se estabelecerá.

Sob a égide da Lei n.º 8.666/1993, a contratação de causídicos tem-se evidenciado, mormente respaldados na inexigibilidade de licitação, insculpida no art. 25, inciso II. O emprego da contratação direta, por vezes indiscriminada e despida dos requisitos exigidos por lei, frustra, por demasia, o princípio da isonomia e a exigibilidade de licitação pela Administração Pública.

Por outro lado, o instituto da contratação por inexigibilidade de licitação constitui meio dinâmico e eficaz para as contratações quando os requisitos elencados no dispositivo em comento – a singularidade, a notória especialização e a caracterização do serviço técnico especializado – são necessariamente observados.

O ponto nodal da questão consiste em verificar se subsiste a necessidade de contratação dos serviços jurídicos já que os próprios órgãos públicos, nas suas respectivas esferas, dispõem de corpo técnico especializado para esse fim, com o provimento das vagas via concurso público. Constituem motivos eficazes e legais a contratação de profissionais capazes de executar a contento o serviço jurídico do órgão com confiança e competência?

A necessidade de contratação do profissional do Direito dá lugar à polêmica no exato momento em que o órgão público apercebe-se que seu corpo jurídico não possui conhecimento específico sedimentado naquela seara. É lícito pactuar com profissional capacitado para tal mister mesmo contando com uma assessoria jurídica na Administração?

A despeito da *vexata quaestio* é uníssono o posicionamento adotado pela doutrina e pela Corte de Contas da União no sentido de que as questões imbuídas de peculiaridades jurídicas, as quais o quadro de procuradores mostra-se inapto, são o supedâneo para o ajustamento contratual, desde que não constitua atividade–fim da Administração, sublinhamos.

Ilustrando o tema, cabe trazer à baila lição do festejado professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹, *in verbis*:

Em relação aos serviços jurídicos, também é remansosa a jurisprudência daquela Corte – TCU – no sentido de que as

Ana Paula Dias Capanema

Assessora da Diretoria de Contratos da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Bacharel em Direito Pós-Graduada em Direito Público

contratações de advogados só se justificam se a entidade não possui essa categoria de profissionais ou, se possuindo, a natureza da tarefa pretendida, pelo volume de peculiaridade, não puder ser realizada pelos profissionais do quadro.

Comentando o tema tratado em artigo intitulado “Inexigibilidade de licitação. Singularidade do serviço, contratação de advogado por município que tem quadro próprio de procuradores”, a professora Vera Lúcia Machado D’Ávila² asseverou:

Relembre-se, inclusive, que pequenos Municípios muitas vezes possuem, quando muito, um ou dois procuradores para a representação consultiva e judicial do órgão público – profissionais, esses, que, apesar da habilitação necessária ao exercício da Advocacia Pública, não possuem qualificação específica para determinados tipos de trabalho jurídico, especialmente aqueles que dizem respeito ao conhecimento que comunga a necessidade de especialidade na área tributária aliada a conhecimentos técnicos atuariais e contábeis (...).

O entendimento ao qual nos alinhamos é precisamente aquele vislumbrado pela mais abalizada doutrina e aquele prevalente no Tribunal de Contas da União, sedimentado pelo insigne Ministro Carlos Átila, ao relatar o TC n.º 019.893/93-6, na sessão de 27/07/1994 do Plenário, do qual colacionamos excerto:

A circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal a contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos, desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade desses serviços seja de tal ordem que se evidencie não poderem ser normalmente executados pelos profissionais de seus próprios quadros, justificando-se, portanto, a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa.

Não se pode olvidar que a regra, constitucionalmente esta-tuída, diz respeito à necessidade de licitação. Dispensar e exigir licitação é exceção. Porém, no que concerne à contratação direta sob a inteligência do art. 25, inciso II, da Lei Federal das Licitações e Contratações, temos que o dispositivo em comento reza que, constatada a singularidade do serviço bem como sua notória especialização, tratando-se de serviços técnico-especializados, inexigível está o processo de licitação.

Perfilhando desse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, negou provimento à apelação interposta pelo Ministério Público Estadual asseverando:

A inexigibilidade de licitação configura-se pela conjunção da singularidade do serviço e da existência da notória especialização, com o que, atendidos tais requisitos, não há transgressão na contratação de serviços advocatícios, sem a realização de procedimento licitatório, fulcrados nesta

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000. (p.598)

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. São Paulo: Malheiros, 2006. (p.129-134)

exceção legal (Apelação Cível n.º 1.0518.04.060274-0/001, 06/04/2006, DJ de 16/05/2006).

Mais adiante o i. Desembargador Nepomuceno Silva, acompanhando o voto do Relator, pronunciou-se:

Além de notória, é insita a especialização dos sócios integrantes da sociedade profissional apelada. Daí, também, e por consequência, digo que há regularidade na contratação, como tenho, aliás, decidido em casos similares, porque, não só nesta Capital, como de resto, no Brasil, existem escritórios especializados de advogados, como tem os de engenheiros, de médicos etc. Negar essa especialização é negar a própria evolução da qualificação profissional de todos esses laboriosos profissionais. Não podemos fechar os olhos para a realidade, portanto, estou pedindo vênias para subscrever o voto do eminente Relator e negar provimento.

O conteúdo do art. 13 da mesma lei, que preconiza os serviços técnicos citados pelo art. 25, inciso II, não tem relação exclusiva com a inexigibilidade. Isso significa que, no dispositivo, os serviços considerados técnico-especializados não são, necessariamente, inexigíveis. A comprovação da singularidade e da notória especialização é, nesse passo, a condição *sine qua non* que torna evidenciada a inexigibilidade.

Releva consignar que os requisitos encerrados no dispositivo da inexigibilidade de licitação subsistem concomitantemente.

A singularidade diz respeito ao objeto que se pretende contratar. O “ineditismo” da matéria não se inclui no conceito de singularidade. O modo e o estilo de realização da atividade são particulares a cada profissional ou empresa, já que a singularidade sucede da própria natureza dos serviços³.

De acordo com a brilhante lição de Marcos Juruena⁴, a notória especialização consiste:

No conceito adquirido no campo da especialidade profissional ou empresarial, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica etc. (títulos, concursos, por ex). Não há necessidade de que o profissional ou a empresa sejam únicos no ramo; para auferir este conceito, é preciso um destaque positivo na sua área de atuação.

Dessarte, desde que constatadas a notoriedade do contratado, entre os profissionais do ramo, e a singularidade com

que a execução dos serviços vai se perpetrar, autorizada está a celebração do instrumento contratual sob o corolário da inexigibilidade.

É bem verdade que hodiernamente as habilidades jurídicas dos profissionais são patentes. Contratar um advogado/escritório sob os auspícios de uma licitação inexigível demanda não só a verificação da potencialidade notória e singular mas também a conveniência de se contratar um profissional em detrimento de outro.

Nessa conjuntura, é imprescindível à Administração Pública sua prudência e cautela, pois o assunto a ser tratado assenta-se, justamente, na discricionariedade do Administrador estribado no fator **confiança** em relação ao profissional.

A Professora Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira no texto denominado “Da hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços jurídicos”⁵, no que tange à escolha do prestador de serviço jurídico, considerou:

No caso concreto, deve estar presente uma característica objetiva relativa ao serviço que deve ser de fato singular e uma característica subjetiva, pertinente ao profissional contratado, representada pela certeza íntima quanto a escolha daquela pessoa ser a mais adequada a hipótese.

Assim, em linhas conclusivas, infere-se que a existência de quadro próprio de procuradores não obstaculiza a admissibilidade da terceirização do serviço jurídico. Pelo princípio da especialidade, vislumbra-se que as especificidades da matéria, seja consultiva ou contenciosa, ensejam a contratação de terceiro com habilidades específicas para tal mister.

Caracterizada a singularidade do serviço técnico especializado e sua notória especialização, a efetivação dar-se-á via inexigibilidade de licitação, com esteio no art. 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/93.

A discricionariedade do administrador público ampara o fator escolha quando a contratação se baseia na inexigibilidade. O quesito confiança é primordial nesse momento, pois norteia a concretização do vínculo contratual estabelecido entre poder público e advogado.

Por consectário, vale ressaltar que é possível contratar com eficiência e qualidade sem aviltamentos à norma jurídica e observando, sempre, a igualdade, a moralidade e a eficiência.

³ O TCU já decidiu que singular não significa necessariamente único. A singularidade de um serviço diz respeito a sua *invulgaridade, especialidade ou notabilidade*, quer dizer que não se trata de *algo comum ou corriqueiro* (TCU. Processo n.º 928.806/1998-7. Acórdão n.º 410/2001 – 1ª Câmara).

⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. (p. 132)

⁵ FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Licitações e contratos: aspectos relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. (p.100)

4.2 LINGUA E LINGUAGEM

4.2.1 Em que pese aos operadores do Direito...

O texto jurídico apresenta peculiaridades estruturais que o tornam *sui generis*. Mais do que qualquer texto de outro domínio discursivo, nele existe uma necessidade enorme de se apresentarem inúmeras notas explicativas que tentam dar conta daquilo que às vezes o autor não conseguiu esclarecer a contento.

Cláudio Márcio Bernardes

*Servidor do Ministério Público de Minas Gerais
Graduado em Letras. Pós-graduado em Linguística.
Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Público*

Outra característica jurídica é a de mencionar *eminentes* doutrinadores que atuam como sujeitos de uma chancela que o autor procura para reforçar seus argumentos. Assim, juristas famosos aparecem insistentemente para comprovar as assertivas de quem se propõe a escrever. Alguns chegam a parafraseá-los

sem sequer lhes fazer referência bibliográfica. É usual também a citação da citação. Haja *apud* para dar conta da colcha de retalhos que se costuma tecer!

Não é só na estrutura de composição que residem os padrões observáveis. A escolha dos vocábulos também marca profundamente o texto jurídico. O latinismo é constante, os termos rebuscados tentam garantir a retórica argumentativa. São bastante comuns expressões como: “impende perquirir”, “insta esclarecer”, “data maxima venia” “dessarte” “com espeque em”.

Mas o preciosismo vocabular nem sempre é acompanhado dos preceitos gramaticais da Língua Portuguesa. As locuções *posto que* (normalmente com valor causal e não com sentido de concessão, como ensina a sintaxe) e *em que pese (a)*, por exemplo, costumam ser empregadas com incorreções. É sobre o *em que pese (a)*, presença garantida nos textos jurídicos, que se pretende comentar.

O uso da locução *em que pese (a)* pode ser resumido a duas situações:

1) No sentido de *alguma coisa que custe, incomode ou perturbe alguém*: “*Em que pese a* uns pessimistas, o Brasil tem vencido a inflação, que já esteve em mais de 80 % ao mês”. Nesse exemplo, o verbo *pese* está ligado a pessoa. Logo, não se flexiona, fica sempre no singular e deve ser seguido pela preposição *a*;

2) No sentido de *apesar de, não obstante*: “*em que pesem* os baixos salários, as empregadas domésticas conseguiram avanços trabalhistas”. Nesse caso, a locução *em que pesem* concorda com a coisa (baixos salários) sem o acréscimo da preposição *a*.

O último concurso para servidores do Ministério Público de Minas Gerais abordou a locução na seguinte questão¹:

No verbete *pesar*, o dicionário Houaiss, descrevendo o emprego da locução *em que pese (a)*, observa: [...] a flexão *pese* permanece invariável, quando se tratar de pessoa (em que pese aos governistas, votaremos contra), e concorda com o sujeito, quando se tratar de coisa (em que pesem as suas contradições, a melhor tese ainda é a dele) [...]”.

Uma das alternativas deveria estar de acordo com o que

foi descrito pelo dicionarista entre as opções abaixo:

a) Em face de todo o exposto, não há como negar que, **em que pesem as** irreprocháveis observações do articulista, a banca optou por não anular a questão, o que compromete a reputação da instituição.

b) Tenho consciência de que esse esforço em muito ganhará com um debate direto com a comunidade e o exame da efetiva possibilidade de implementação de medidas pretendidas, **em que pesem aos** limites das leis inglesas e brasileiras.

c) Em si mesmo, o simples manuseio de dicionários, dissociado de situações reais, nem sempre nos traz grande proveito, **em que pesem às** opiniões de muitos, que acreditam ser esse o único e o melhor meio de adquirir vocabulário.

d) **Em que pesem aos** argumentos das agravantes, não vislumbro qualquer fundamento que justifique a reforma da decisão, até por que não se apresentaram, em sede de agravo regimental, razões suficientes a modificar a situação apontada na inicial.

No caso das opções apresentadas pelo concurso, todas as locuções *em que pesem* antecipam estados ou sentimentos coisificados. Aparecem, portanto, com a acepção de *apesar de, não obstante*. Nessa configuração, o *em que pese* não é acompanhado da preposição *a*. Assim, torna-se mais fácil descobrir que na letra *b* a locução deveria ser *em que pesem os* limites (e não com a preposição *a*), o mesmo raciocínio para a letra *d*: *em que pesem os* argumentos. Na letra *c*, o correto é: *em que pesem as* opiniões (sem a crase, que é a fusão da preposição *a* com o artigo *a*). Sobrou a primeira alternativa, “*em que pesem as* (sem preposição *a*) irreprocháveis (impecáveis, sem censura) observações do articulista”... Essa foi a assertiva assinalada como correta pela banca examinadora do concurso.

Em resumo, quando aparecer junto à pessoa, o *em que pese* deve vir no singular e acompanhado da preposição *a*. Tem o sentido de *apesar de* quando anteceder coisa e com ela concorda no singular ou no plural e não é seguido pela preposição *a*.

A última advertência fica a cargo do Aurélio Buarque de Holanda²: “atenção: o *e* de *pese*, a rigor, é fechado, conquanto seja comuníssimo ouvi-lo aberto”. Então, em vez de falar /pêse/, fala-se /pêse/. Quem tiver coragem que assuma tal pronúncia!

¹ Questão 48, provas – Cargos 21 a 30. Disponível em: http://www.fumarc.com.br/f_concursos/principal_concursos.php?pagina=detalhes&concurso=237

² DICIONÁRIO Eletrônico Aurélio. Versão 2.0. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

4.3 COMENTÁRIO A SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA

4.3.1 Cabe liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes? Breves apontamentos



Samuel Alvarenga
Gonçalves

1. Do acórdão escolhido

O acórdão que ora tecemos alguns comentários é oriundo da 1ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo por relator o eminente Desembargador Eduardo Brum. Vejamos a sua ementa:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” - TRÁFICO DE DROGAS - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - CO-RÉUS SOLTOS

Samuel Alvarenga Gonçalves
Servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

- CRIMES DIVERSOS - SITUAÇÕES FÁTICAS BASTANTE DISTINTAS - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - DADOS CONCRETOS SOMADOS À EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. Em caso de co-réu solto, não há que se falar em princípio da isonomia se as circunstâncias dos casos em análise não são absolutamente idênticas. Não se vislumbra constrangimento ilegal na manutenção da prisão em flagrante de indivíduo acusado de tráfico de drogas, mormente quando fundamentada na necessidade de se garantir a ordem pública, com base em dados concretos dos

autos - perniciosidade do crime de tráfico e circunstâncias da custódia flagrancial (art. 312 do CPP).

Ademais, existe expresso óbice legal que inviabiliza a benesse da liberdade provisória ao agente preso em flagrante pela prática, em tese, do delito de tráfico de drogas (art. 44 da Lei n.º 11.343/06), não tendo a recém-introduzida Lei n.º 11.464/07 alterado a situação dos réus envolvidos no comércio ilegal de entorpecentes, devendo prevalecer a 'Lex Speciali' de Tóxicos. (TJMG, 1ª Câmara Criminal, HC 1.0000.07.461589-9/000(1), Rel. Des. Eduardo Brum, j. 16.10.2007, DJ 23.10.2007-grifo nosso).

2. Dos motivos da escolha

No caso em tela, o E. TJMG houve por bem, à unanimidade, denegar a ordem no *habeas corpus*, não permitindo ao seu paciente a liberdade provisória pleiteada na espécie.

De forma sucinta, os presentes comentários têm o objetivo de tão-somente apresentar os posicionamentos que circundam a seguinte indagação: é cabível a concessão de liberdade provisória em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes?

Trata-se de matéria ainda não pacificada, mas cujos pontos de vista, divergentes, já se encontram sobremaneira desenhados na doutrina e jurisprudência.

Senão, vejamos.

3. Da apresentação da polêmica

A divergência passa-se em virtude de uma antinomia entre dois dispositivos legais: o art. 44 da novel Lei de Drogas (11.343/2006) e o art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/1990).

Por um lado, a Lei de Drogas, no art. 44, aponta que o crime de tráfico de entorpecentes, além de inafiançável, é também insuscetível de “sursis, graça, indulto, anistia e **liberdade provisória**, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. Mas, noutro sentido, a Lei 11.464/2007, ao alterar o art. 2º, II da Lei 8.072/90, retirou expressamente a vedação de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados. Como é cediço, o crime de tráfico de entorpecentes é equiparado a hediondo, por expressa orientação do art. 5º, XLIII, da CF. Assim, firmou-se o impasse: embora a Lei de Drogas proíba expressamente a concessão de liberdade provisória ao crime versado no seu art. 33, deveria prevalecer a nova redação da Lei 8.072/90?

Para uma primeira posição, a vedação da liberdade provisória ainda remanesce em se tratando de tráfico de entorpecentes, por aplicação ao critério da especialidade. Segundo afirmou o Desembargador Eduardo Brum na fundamentação ao acórdão:

[...] prevalece neste colendo Órgão colegiado o entendimento de que a Lei n.º 11.464/07 não revogou a norma proibitiva do art. 44 da nova Lei Antitóxicos, pois a Lei n.º 11.343/06, por regular particularmente a disciplina dos crimes de tráfico, revela especialidade em relação à Lei dos Crimes Hediondos, inexistindo, portanto, qualquer antinomia no sistema jurídico (*lex specialis derogat legi generali*).

Para ratificar o seu posicionamento, o ilustre julgador ainda expõe:

Ademais, esclareço que idêntico posicionamento foi firmado pelos Tribunais Superiores, no pretérito, ao reconhecer que

a Lei n.º 9.455/97, ao permitir a progressão prisional no crime de tortura, não havia revogado o § 2º do art. 1º da Lei n.º 8.072/90, em razão de sua especialidade. Assim, *mutatis mutandis*, conclui-se que a vedação expressa à liberdade provisória ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, é suficiente para negar ao paciente o direito ao indigitado benefício.

Cumpra registrar que o STJ já se manifestou favoravelmente a esse primeiro entendimento em mais de uma oportunidade. Cita-se: HC 82849/SP, RHC 20735/RS, RHC 21478/SC, HC 89962/ES *etc.*

Todavia, para uma segunda corrente, a primeira posição estaria equivocada no sentido de que não se trata de aplicação do princípio da especialidade, mas sim, de observância ao **princípio da posteridade**. Isso porque o art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 passou a permitir a concessão de liberdade provisória a todos os crimes hediondos e a eles equiparados. Logo, o art. 44 da Lei de Drogas teria sido derogado (daí a impropriedade em se aplicar o princípio da especialidade a um dispositivo revogado) na parte em que veda o benefício ao crime do art. 33 dessa lei (já que, como dito, trata-se de delito equiparado a hediondo). Defensor dessa segunda posição, explica o Professor Luiz Flávio Gomes:

O princípio regente (da posterioridade), destarte, é o seguinte: a lei posterior revoga a lei anterior (essa revogação, como sabemos, pode ser expressa ou tácita; no caso, a Lei 11.464/2007, que é geral, derogou parte do art. 44 da Lei 11.343/2006, que é especial). Em outras palavras: desapareceu do citado art. 44 a proibição da liberdade provisória, porque a lei nova revogou (derrogou) a antiga, seja porque com ela é incompatível, seja porque cuidou inteiramente da matéria.

Se o princípio regente é o da posterioridade (lei posterior revoga a anterior), jamais poderia a decisão ter invocado (como invocou) o da especialidade, que pressupõe a vigência concomitante de duas ou mais leis, aparentemente aplicáveis ao caso concreto. Confundiu-se, como se nota, o instituto da sucessão de leis (conflito de leis no tempo) com o conflito aparente de leis¹.

Caso a lei posterior é que fosse a especial, como no caso da tortura que passou a permitir a progressão de regime, ela não revogaria a lei geral, mas certamente incidiria em relação às hipóteses especificamente por ela reguladas. Veja-se;

A questão se torna complexa apenas quando a lei posterior é especial. Isso se deu com a Lei 9.455/1997 (lei da tortura), que passou a permitir progressão de regime. A jurisprudência da época (que hoje perdeu sentido em razão do advento da Lei 11.464/2007) acabou se firmando no sentido de que “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura” (Súmula 698 do STF, que perdeu sentido a partir do momento em que o próprio STF julgou inconstitucional a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos – HC 82.959). Nessa súmula assentou-se a inaplicabilidade do princípio da posterioridade quando a lei posterior é especial. Ou seja: lei posterior especial (Lei 9.455/1997) não revoga a lei anterior geral (Lei 8.072/1990), isto é, só vale para os casos específicos nela definidos.²

Participa deste último entendimento o Professor Renato Marcão:

A nova disciplina imposta pela Lei n.º 11.464, de 28 de

¹ GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Disponível em: <<http://www.blogdolf.com.br/12-setembro-2007/>>.

² Op. cit.

março de 2007, derogou o art. 44 da Nova Lei de Tóxicos e, portanto, não subsiste a regra proibitiva do benefício em questão. Note-se que a Lei nº 11.343/2007 é posterior à Nova Lei de Tóxicos e a redação do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.072/90, foi mantida, estando preservada sua aplicação aos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. É indiscutível o cabimento, em tese, de liberdade provisória, sem fiança, em se tratando de crime de tráfico de drogas e delitos equiparados, previstos na Nova Lei de Tóxicos. A opção legislativa neste sentido restou clara³.

4. Conclusão

Como se observou, há duas correntes bem consolidadas no que diz respeito à possibilidade de concessão de liberdade provisória em sede de crime de tráfico de drogas.

³ MARCÃO, Renato. Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007: novas regras para a liberdade provisória, regime de cumprimento de pena e progressão de regime em crimes hediondos e assemelhado. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/170407.pdf>>.

4.4 DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

4.4.1 Da possibilidade de inserção do aborto eugênico no rol de excludentes especiais de ilicitude do art. 128 do Código Penal



Maíra de Araújo
Pinheiro Fontes

Como na maioria das legislações, o ordenamento brasileiro considera o aborto crime contra a vida, punível com reclusão.

Ironicamente, embora o Código Penal admita o aborto quando resultante de crime de estupro, ainda que inexistente qualquer circunstância ensejadora de inviabilidade do ser em geração, não agasalha o aborto eugênico ou eugenésico, entendido este como a conduta abortiva praticável em face da existência de riscos fundados de que o embrião ou o feto sejam portadores de graves anomalias genéticas de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gravidez, que o tornariam inviável relativamente à vida extra-uterina.

Inegável o fato de que, nos tempos atuais, estando a Medicina suficientemente evoluída, de forma a possibilitar o prévio diagnóstico de doenças e desvios genéticos inviabilizadores da vida extra-uterina, e considerando-se os danos psicológicos que uma gravidez nessas circunstâncias é capaz de ocasionar à gestante, o aborto eugênico é absolutamente viável, bastando que o órgão competente (Ministério da Saúde, por meio de Portaria) fixe uma lista de casos específicos de admissão da prática abortiva.

Inegável o fato de que, nos tempos atuais, estando a Medicina suficientemente evoluída, de forma a possibilitar o prévio diagnóstico de doenças e desvios genéticos inviabilizadores da vida extra-uterina, e considerando-se os danos psicológicos que uma gravidez nessas circunstâncias é capaz de ocasionar à gestante, o aborto eugênico é absolutamente viável, bastando que o órgão competente (Ministério da Saúde, por meio de Portaria) fixe uma lista de casos específicos de admissão da prática abortiva.

Felizmente, o aborto eugênico parece contar cada vez mais com a simpatia dos membros do Congresso e do Poder Judiciário, considerando-se a existência do Anteprojeto de Lei que pretende reformar a Parte Especial do Código Penal, incluindo-o como mais uma causa especial de exclusão da ilicitude, bem como a concessão crescente de liminares favoráveis às manobras abortivas em hipóteses de inviabilidade da vida extra-uterina. Assim, Julio Fabbrini Mirabete :

Por um lado, o entendimento das principais cortes de justiça do País vem reforçando a aplicação estrita da Lei de Drogas quanto a essa vedação. Em contraposição, e de forma saudável e democrática, a doutrina critica esse posicionamento, em nítido caráter garantista.

Uma última questão merece ainda ser posta: estaríamos diante de uma norma processual com reflexos penais (materiais) a ensejar a sua aplicação retroativa com fundamento na CF 5º XL? Ou, do contrário, a nova sistemática de liberdade provisória teria sido regulada por uma lei meramente processual, com aplicação imediata e para frente (CPP 2º)?

Esperemos, pois, a evolução dos fatos.

Maíra de Araújo Pinheiro Fontes

Advogada em Belo Horizonte (MG)

tivas em hipóteses de inviabilidade da vida extra-uterina. Assim, Julio Fabbrini Mirabete :

[...] com o válido argumento de que não se deve impedir o aborto em caso de grave anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo, já se têm concedido centenas de alvarás judiciais para abortos em caso de anaencefalia (ausência ou má formação de cérebro) (RT 756/652, JTJ 232/391, 239/375, JCAT 83-84/699, RDJ 22/264), má conformação congênita do feto (RT 791/581), agenesia renal (ausência de rins), abertura de parede abdominal e síndrome de Patau (em que há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos)

Provocado a se manifestar, o STF, na pessoa do Ministro Marco Aurélio, concedeu liminar à Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde para reconhecer o direito constitucional de gestantes que optaram por antecipar os partos de fetos anencéfalos (sem cérebros), condicionando a interrupção a prévio laudo médico. Ao decidir em sede de liminar, o Douto Ministro aduziu que

[...] diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.

Disse também que,

[...] no caso da anaencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados mercedores da maior confiança evidenciam que fetos anencéfalos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos.

Enfatiza ainda o Ministro:

Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se

assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade”.

Aduz Bittencourt, citando Marco Antônio Becker:

Certamente, a manutenção da gravidez indesejada de um anencéfalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante, em decorrência da tortura sofrida e de um tratamento degradante, vedada pelo art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.

Recentemente, no entanto, o STF, acolhendo decisão da maioria, cassou, em parte, a liminar concedida, voltando a proibir a interrupção da gestação em tais casos.

Já a doutrina procura legitimar essa espécie de abortamento, valendo-se de uma interpretação sistemática da Lei 9.434/97, que determina o momento da morte com a cessação da atividade encefálica. Então, se a cessação da atividade cerebral é caso de morte, feto sem cérebro não tem vida intra-uterina, portanto, não morre juridicamente. A operação terapêutica, assim, caminha para a atipicidade. Nesse sentido, afirma Luiz Regis Prado:

[...] É justamente a inexistência de vida o que permite fundamentar a falta de dolo ou culpa, bem como a consequente falta de um resultado típico. Trata-se, portanto, de fato atípico, visto que falta o desvalor da ação, considerada essa postura dogmática preferível a qualquer outra.

E aduz, ainda:

Referências bibliográficas

- BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal: parte especial*, v. 2, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (p. 144 e 146).
MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004. (p. 101).
PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2: parte especial: arts. 121 a 183, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (p. 126)

4.5 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.5.1 Breves comentários acerca dos crimes contra a ordem tributária

Raphael Silva Rodrigues

Acadêmico de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte – UNIBH e Membro do Instituto de Ciências Penais

Thaís Amélia de Assis Colen

Acadêmica de Direito da FEAD

“A impunidade não salva da pena e castigo merecido; retarda-o para o fazer mais grave pela reincidência e agravação das culpas e crimes subseqüentes.” (Marquês de Maricá)

RESUMO: Análise geral dos aspectos polêmicos concernentes ao instituto dos crimes contra a ordem tributária.

Introdução

Segundo a renomada doutrina do professor Hugo de Brito Machado (2005),

o estudo dos crimes contra a ordem tributária ganha maior importância na medida em que aumentam os segmentos do Fisco e do Ministério Público que acreditam ser possível aumentar a arrecadação tributária pela intimidação, e por isto cuidam de tornar efetiva a aplicação das sanções penais.

Com propriedade, a doutrina espanhola ensina que

la criminalización de la infracción tributaria puede responder a dos planteamientos diferentes: puede ser el fruto de la convicción de que se ha logrado un sistema fiscal, dentro de

[...] a interrupção da gravidez ou a antecipação do parto em casos de anencefalia não tipifica, assim, o delito de aborto, visto que se constata unicamente a presença de um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação.

Ainda nesse sentido, Cezar Roberto Bittencourt:

Em síntese, para se configurar o crime de aborto é insuficiente a simples expulsão prematura do feto ou a mera interrupção do processo de gestação, mas é indispensável que ocorram as duas coisas, acrescidas da morte do feto, pois o crime somente se consuma com a ocorrência desta, que, segundo a ciência médica, nesses casos de anencéfalo, acontecera antes.

O aborto eugenésico somente deverá ser admissível perante o reconhecimento, por dois médicos, da inviabilidade do feto, bem como mediante o consentimento da mãe ou de quem a represente.

Por fim, é fundamental compreendermos que a Constituição não exalta o direito à vida enquanto conceito vazio de sentido. Em outras palavras, “vida” é expressão dotada obrigatoriamente de inúmeras qualidades e características indissociáveis. O direito à vida defendido na Magna Carta não implica o simples fato de existir, sendo exigíveis algumas circunstâncias intrínsecas a fim de que se reconheça tratar-se de vida humana inviolável, biológica e fisiologicamente. Há de se compreender que o direito à vida está relacionado ao direito de nascer e sobreviver. Lembrando que, muitas vezes, não sacrificar o feto seria, talvez, sacrificar as duas vidas: a do próprio feto e a da gestante.

lo que cabe, justo, merecedor del respeto de todos y de que, por tanto, la infracción tributaria resulta intolerable, o puede ser el producto de la comprobación estadística de que casi todo el mundo defrauda y que, por consiguiente, es preciso desencadenar el terror penal para que la gente satisfaga los tributos.

El primer planteamiento parece acertado. El segundo inadmisibile, porque pretende usar la pena criminal, con fines meramente utilitaristas, para encubrir en definitiva un fracaso del propio sistema fiscal. (MOURULLO, 1974, págs. 24–25)

Noutra esteira, segundo o acadêmico Omar Aref Abdul Latif (2006),

[...] verifica-se que as condutas tipificadas na lei n.º 8.137/90

encontram, no plano fático, nefasta correspondência, pois além dos malefícios impingidos a toda sociedade, agridem severamente, por via oblíqua, o Estado, pois este, além de não dispor de recursos suficientes para manter seu aparelho administrativo, se vê privado de recursos para alcançar seus objetivos.

Neste ponto, frisa-se que o Ministério Público não atua meramente como fiscal de tributos, mas sim exercendo com independência as prerrogativas referendadas pela Carta Magna de 1988, notadamente como defensor da ordem jurídica estatal.

Da sucinta análise do artigo 1º da Lei n.º 8.137/90: da formação do tipo penal nos delitos fiscais

Preliminarmente, analisando o art. 1º da Lei n.º 8.137/90 temos que saber se os tipos inerentes a ele são crimes materiais ou formais. É o que se passa a demonstrar.

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação;

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Há frontal divergência entre a doutrina dominante e a jurisprudência que paira sobre os nossos tribunais, no que concerne à classificação dos tipos de sonegação fiscal entre crimes de mera conduta ou puramente formais.

Era pacífico o entendimento de que os tipos de sonegação fiscal eram de mera conduta ou puramente formais. Assim, não se admitia a forma tentada.

Com a efetiva supressão ou redução do tributo, foram criados tipos penais de resultado, ou seja, sem a real lesão ao Fisco, o crime não se consuma.

Nessa esteira, exigia-se a configuração do injusto penal (fato típico e ilícito), que, no respectivo caso, era o fim específico de eximir-se do pagamento de tributos.

Segundo o professor Luiz Flávio Gomes,

sempre representou um tormento para os acusados o fato de já se permitir a instauração de um processo penal enquanto ainda se discute na via administrativa a exigibilidade do tributo ou contribuição objeto do mencionado processo penal (essa é a velha afirmação, sobretudo jurisprudencial, da independência ou da autonomia das instâncias civil e penal)

(cf. por exemplo STJ, RHC 4.793-DF, relator Ministro Cid Flaquer Scartezini, DJU de 08.04.1996, p. 10.478).

Cite-se, portanto, o posicionamento do renomado professor e Ministro Edson Vidigal (1999, p.68) do colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

[...] tenho sustentado que o exaurimento da instância administrativo-fiscal para apuração da responsabilidade tributária é condição de procedibilidade para a propositura da Ação Penal. E assim, tenho votado, na esperança de que o debate induza os demais que julgam as novas reflexões, de modo a que a nossa jurisprudência possa evoluir também quanto a esse delicado tema.

Analisando os crimes tributários na seara processual, com o julgamento do HC n.º 81.611 (relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 13.05.2005), a matéria em questão angariou novos entendimentos, haja vista que o tipo previsto no art. 1º, da Lei n.º 8.137/90, foi considerado como de resultado, caracterizando como condição objetiva de punibilidade a existência do lançamento tributário em definitivo. Dessa forma, o contrário se configuraria flagrante falta de justa causa para perpetrar a ação penal.

Nesse sentido, o eminente Ministro relator Gilmar Mendes, da 2ª Turma do colendo Supremo Tribunal Federal, já decidiu quando do julgamento do HC n.º 88.162/MS, que

a existência do crédito tributário é pressuposto para a caracterização do crime contra a ordem tributária, não se podendo admitir denúncia penal enquanto pendente o efeito preclusivo da decisão definitiva em processo administrativos.

Configura-se, pois, razoável a idéia de prévio exaurimento na esfera administrativa para que os órgãos de persecução penal possam objetivar uma suposta condenação no juízo criminal, haja vista que o trânsito em julgado administrativo declararia a existência do crédito tributário suprimido ou reduzido pelo contribuinte.

Da aplicação do instituto da extinção da punibilidade nos crimes elencados na Lei n.º 8.137/90

A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária (sonegação fiscal) era disciplinada pelo artigo 14 da Lei n.º 8.137/90, que determinava que o pagamento do débito tributário realizado antes do recebimento da denúncia era causa excludente da punibilidade, sendo assim revogado pelo art. 98 da Lei n.º 8.383/91. Contudo, o art. 34, da Lei n.º 9.249/95, voltou a admitir a referida extinção da punibilidade.

Nesse flanco, observa-se que o autor do delito dessa natureza poderia ter extinguido a sua punibilidade, desde que pagasse o débito tributário até o recebimento da denúncia.

A partir da promulgação da Lei n.º 10.684, de 30 de maio de 2003, a extinção da punibilidade nos crimes de sonegação fiscal angariou novo regramento. O dispositivo que trouxe à baila o artigo 9º, *in verbis*:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Destaca-se que o dispositivo legal acima mencionado não faz nenhuma menção ao recebimento da denúncia, silenciando, assim, quanto ao momento processual em que o pagamento integral do débito pode ser feito, com a conseqüente extinção da punibilidade.

Nesse sentido, o mestre Leonardo Ribeiro Pessoa já se manifestou acerca da matéria ora objurgada.

O contribuinte que cometer qualquer um dos crimes supra mencionados poderá ver sua punibilidade extinta, desde que ultime o pagamento do tributo devido, **mesmo que seja após o recebimento da denúncia.**” (destacamos)

Segundo o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence da Suprema Corte, no julgamento do HC nº 81.292/RJ, deixou claro que se deturpa o direito penal tributário ao prever o pagamento a qualquer momento do crédito tributário como causa de exclusão da extinção da punibilidade.

Não é diferente o posicionamento da ilustre advogada mineira Bruna Jeunon Dutra, pois

a aplicação da lei que define os crimes contra a ordem tributária em relação direta com o Direito Penal é uma forma disfarçada de execução fiscal, onde a liberdade dos contribuintes não é seriamente posta em jogo, já que o simples pagamento ou mesmo parcelamento do valor cobrado pelo fisco, extingue por completo a pretensão punitiva do Estado.

Portanto, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência acerca da matéria, pode-se concluir que o contribuinte infrator pode ter sua punibilidade extinta em qualquer momento do percurso processual, desde, é claro, que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da ação penal condenatória.

Das jurisprudências acerca do tema

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal já decidiu acerca da matéria discutida. Cite-se, por exemplo, o Acórdão proferido nos autos do HC nº 81.929/RJ:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário. (HC 81929 / RJ - RIO DE JANEIRO. Rel. Acórdão Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 16/12/2003. Publicação: 27.02.2004. Votação: unânime. Órgão Julgador: Primeira Turma do STF)

Da lavra da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já foi decidido pela malgrada extinção da punibilidade em sede de Apelação Criminal, nos autos do processo n.º 1.0024.99.117613-2/001, senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - ART. 1º, I E III, DA LEI 8.137/90 - CONDUTAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS E QUE FORAM REALIZADAS COM A FINALIDADE DE FRAUDAR A FAZENDA PÚBLICA - PARCELAMENTO DO DÉBITO - PAGAMENTO INTEGRAL REALIZADO A TEMPO - LEI 10.684/2003 - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA - RECURSO PROVIDO.

Já no que concerne ao preenchimento dos requisitos de procedibilidade da ação penal nos delitos fiscais, foi proferido Acórdão pelo STF nos autos do HC n.º 81.611/DF, ocasião em que restou decidido que o lançamento definitivo na esfera administrativa seria uma condição objetiva de punibilidade.

EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

Conclusão

A nossa Carta Magna garante a todos o contraditório e a ampla defesa não somente no âmbito judicial, mas também no administrativo (art. 5º, LV), bem como ninguém será privado da sua liberdade sem o devido processo legal. Tal princípio também é assegurado ao contribuinte na discussão do débito tributário perante a administração fazendária competente.

Em que pese a existência da teoria da independência das instâncias (anteriormente adotada pelos órgãos de persecução penal), ela não deve prosperar no que concerne aos delitos penal-tributários, eis que se faz necessário o prévio exaurimento da via administrativa para que o *dominus litis* detenha legitimidade ao oferecer a sua inicial acusatória; caso contrário se estaria admitindo persecução criminal sem a devida justa causa para que haja o curso da ação penal.

Conclui-se, assim, que a malfadada Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária veio à tona apenas com o intuito de alastrar a impunidade daqueles que infringem respectiva legislação. O contribuinte infrator, mesmo perpassando pelo prévio exaurimento do juízo de culpa administrativa e, já na esfera do judiciário, em última instância, sendo reiteradamente vencido em sua lide, pactua um determinado parcelamento especial (Refis), consegue angariar êxito na extinção da sua punibilidade, tendo em vista a perda do objeto da ação penal no caso concreto.

Somos da opinião que respectivos crimes deveriam ser tratados apenas na seara administrativa, ou, quando menos, por meio do competente instituto da execução fiscal (Lei n.º 6.830/80). Mas uma vez trazidos para cobertura do direito criminal, após o exaurimento da esfera administrativa, eles devem fazer jus ao *ius puniendi* estatal como qualquer outro crime que esteja abarcado pela ação penal incondicionada, ocasião em que

o representante do *Parquet* intenta a denúncia simplesmente por haver indícios de autoria e prova da materialidade de tal delito,

podendo, ao final, objetivar a sua função de guardião dos direitos indisponíveis da sociedade.

Referências bibliográficas

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DUTRA, Bruna Jeunon. *Extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário nos crimes contra a ordem tributária*. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gérias (PUC-Minas), Belo Horizonte, 2006. p. 40.
- GODOI, Marciano Seabra de. *Questões atuais do direito tributário na jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2006.
- LATIF, Omar Aref Abdul. *Direito penal tributário*. Disponível em: www.direitonet.com.br, 2006. Acesso em 14.03.2007.
- MACHADO, Hugo de Brito (coordenador). *Sanções penais tributárias*. In: *Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET*, São Paulo: Dialética, 2005.
- MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Presente y futuro del delito fiscal*, Civitas, Madrid, 1974.
- PAULINO, José Alves. *Interpretação jurisprudencial nos crimes contra a ordem tributária*. Meio Jurídico, 2001.
- PESSOA, Leonardo Ribeiro. A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária e apropriação indébita previdenciária. “In”: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 22, 31/08/2005. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=363. Acesso em 27/02/2008;
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.
- VIDIGAL, Edson. Fluxos de cadeia ou de caixa: o exaurimento da instância administrativo-fiscal como condição de procedibilidade para a ação penal. In: *Revista da AJUFE*, nº 60, jan./mar. 1999. (p.68)

4.6 QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE O DIREITO REGISTRAL E NOTARIAL

4.6.1 Reflexões sobre a subavaliação do preço de imóveis quando da lavratura da escritura de venda e compra



Alexandre Artur
Mendes Soares

Entre nós é bastante difundida a prática de atribuir a um determinado bem imóvel, no momento de se fazer uma escritura pública de venda e compra, valor inferior ao verdadeiro valor do negócio, com a finalidade de pagar menos tributos. Acontece, entretanto, que tal prática pode trazer muitos inconvenientes, tanto a quem vende quanto a quem está comprando o referido bem. Tais inconvenientes estão presentes em diversas áreas, tais como: área penal, tributária, cível, ética/moral e até mesmo social, conforme vere-

mos detidamente a seguir.

Iniciaremos o estudo pelos efeitos penais, por se tratar de uma área que trabalha com um dos bens mais importantes do ser humano, ou seja, a liberdade.

Comete crime a pessoa que faz inserir falsamente informação em documento público, pois como elucida Walter Ceneviva (2002, p. 48) “[...] a escritura pública é instrumento dotado de fé pública, e que faz prova plena [...]”, além do mais, é lavrado por tabelião de notas que exerce função pública, conforme previsão do artigo 7º, inciso I, da Lei Federal n. 8.935/94. O crime de falsidade ideológica, de acordo com o artigo 299, do Código Penal, tem como objeto jurídico “a fé pública, especialmente a genuidade ou veracidade do documento” (DELMANTO, 2000, p. 531), com pena de reclusão, que pode ir de um a cinco anos. Ocorre, entretanto, que, quem realiza tal ato, tem a finalidade de sonegar tributos, e, nesse caso, responderia também pelo crime descrito no artigo 2º, inciso I, da Lei Federal n. 8137/90, com pena de detenção que pode variar de seis meses a dois anos e multa, tendo objeto jurídico distinto do primeiro delito.

A discussão que pode eventualmente existir é se a pessoa que realizou tal conduta responderia pelos dois delitos em

Alexandre Artur Mendes Soares

Advogado em Minas Gerais

concurso material de crimes, também denominado de real, como reza o artigo 69, do Código Penal, que se conceitua como sendo, para Fernando Capez (2005, p. 497), a

[...] prática de duas ou mais condutas, dolosas ou culposas, omissivas ou comissivas, produzindo dois ou mais resultados, idênticos ou não, mas todas vinculadas pela identidade do agente, não importando se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias diferentes.

Não parece ser o caso pois houve apenas uma conduta.

O agente responderia por um único crime de sonegação fiscal, tendo em vista que o outro crime seria simplesmente um meio de se chegar ao mais grave, e nesse caso, o delito de sonegação absorveria o de falsidade ideológica aplicando-se uma das regras do conflito aparente de normas que se conceitua como sendo (CAPEZ, 2005, p. 67):

[...] o conflito que se estabelece entre duas ou mais normas aparentemente aplicáveis ao mesmo fato. Há conflito porque mais de uma pretende regular o fato, mas é aparente, porque, com efeito, apenas uma delas acaba sendo aplicada à hipótese.

Também não parece ser o caso, pois, usando a súmula 17, do Superior Tribunal de Justiça, como paradigma, observamos que a potencialidade lesiva da falsidade não se exaure na sonegação fiscal, uma vez que a escritura pode ser usada em outros atos.

Ou, finalmente, o agente responderia pelos dois crimes em concurso formal ou ideal de crimes, como reza o artigo 70, do Código Penal, em que

[...] o agente, com uma única conduta, causa dois ou mais resultados. Na realidade, o concurso formal implica a existência de dois ou mais crimes, que, para efeito de política criminal, são apenados de maneira menos rigorosa. (CAPEZ, 2005, p. 498).

Essa parece ser a posição mais correta, pois houve uma conduta e dois resultados.

O certo é que tanto o comprador quanto o vendedor serão processados criminalmente e sofrerão os inconvenientes dessa situação.

Passemos agora ao estudo dos efeitos cíveis.

Didaticamente, é importante trazer alguns conceitos:

Os negócios jurídicos podem apresentar defeitos que podem ser de duas espécies: vícios de consentimento que, segundo Gonçalves, (2003, p. 128):

[...] provocam uma manifestação de vontade não correspondente com o íntimo e verdadeiro querer do agente. Criam uma divergência, um conflito entre a vontade manifestada e a real intenção de quem a exteriorizou.

Já os vícios sociais nas palavras de Chaves (2003, p. 395):

[...] a vontade é exteriorizada em conformidade com a intenção do agente. No entanto, há deliberada vontade de prejudicar terceiro ou burlar a lei, motivo pelo qual o vício não é interno, endógeno, mas externo, de alcance social.

Como vícios de consentimento temos o erro, dolo, coação, lesão e o estado de perigo. E como vícios sociais: a fraude contra credores e a simulação. Já os vícios sociais são a simulação e a fraude contra credores.

Entre os vícios de consentimento, Pablo (2003, p. 370) nos traz o conceito de lesão:

Pode-se conceituar a lesão como sendo o prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou levandade de um dos declarantes.

Já simulação é para Gonçalves (2003, p.158-159):

Uma declaração falsa, enganosa, da vontade, visando aparentar negócio diverso do efetivamente desejado. Negócio simulado, assim, é o que tem aparência contrária à realidade.

Vistos tais conceitos, passemos ao estudo de um caso em que uma parte agindo com má-fé poderia tentar se aproveitar da situação ilegal praticada por ambas indicando na escritura pública de venda e compra valor inferior ao valor de mercado.

Suponhamos que a parte que vendeu o imóvel agindo maliciosamente possa ingressar em juízo alegando que houve vício de consentimento, na modalidade de lesão, uma vez que por sua inexperiência ou por premente necessidade fez um negócio jurídico bem abaixo do valor de mercado e requerendo ao juiz que o comprador pagasse suplemento suficiente ou que se desfizesse o negócio, com base no artigo 157, *caput*, §1º e §2º, do Código Civil.

A parte que comprou o imóvel teria, então, três opções: concordar em pagar o suplemento pedido pelo vendedor; desfazer o negócio (nesses dois primeiros casos ocorreria inegável prejuízo ao comprador), ou poderia alegar que houve o pagamento de importância superior à da escritura pública e que dessa forma não caberia aquele pedido.

Porém, nessa última hipótese, estaria assumindo em juízo a prática de ilícito penal e, ao mesmo tempo, declarando que o negócio jurídico realizado tratar-se-ia não de uma lesão, mas na realidade de uma simulação, e como tal seria nulo de pleno direito conforme artigo 167, *caput*, combinado com o artigo 167, parágrafo primeiro, inciso II, ambos do Código Civil.

Nesse caso, caberia ao juiz pronunciar a nulidade de ofício, como reza o artigo 168, parágrafo único, não seria suscetível de confirmação e nem convalesceria com o decurso do tempo nos moldes do artigo 169, do Código Civil. Além do mais, o juiz deveria oficiar o Ministério Público para possível abertura de processo criminal contra as partes envolvidas e comunicar às receitas estaduais e municipais envolvidas para que cobrassem os tributos devidos pela transação fraudulenta, bem como as multas daí advindas.

Outro efeito cível é em relação ao imóvel quando esteja vigente contrato de locação.

Nesse caso, se o imóvel objeto da alienação estiver alugado e o locatário levar ao registro de imóveis para fazer a averbação do contrato de locação na matrícula do imóvel, conforme previsto no artigo 167, inciso II, alínea 16), da Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro, de 1973, o locatário terá preferência na compra do bem, caso a averbação se dê trinta dias antes da alienação do imóvel. Nesse caso, mesmo que ocorra a venda para terceiro o locatário poderá em até 180 dias, depositar em juízo o mesmo valor declarado na escritura pública de venda e compra e será imitado na posse do imóvel. No caso de não estar averbado na matrícula do imóvel caberia indenização por perdas e danos eventualmente ocorridos.

Caso interessante também ocorre quando há evicção do bem adquirido pelo comprador, ou seja, “evicção é a perda da coisa em virtude de sentença judicial, que atribui a outrem por causa jurídica preexistente ao contrato” segundo Carlos Roberto Gonçalves (2004, p. 46), mas há autores que admitem a evicção também em virtude de decisão administrativa.

Quando tal fato ocorre, o comprador tem o direito à restituição integral do preço pago, de acordo com o disposto no artigo 447 combinado com o artigo 450 do Código Civil e, nesse caso, tal restituição poderá se dar com base no valor declarado na escritura pública, prejudicando-o dessa forma.

Também no caso de desapropriação por parte do ente público (União, Estados ou Municípios) o valor declarado pode servir de base à indenização a ser paga ao proprietário do imóvel e com isso quem declarou um preço abaixo do realmente contratado pode amargar prejuízo na hora de ser paga a indenização.

Em relação aos efeitos tributários podemos citar os seguintes.

Os cartórios de notas, e na omissão destes os cartórios de registro de imóveis, são obrigados a emitir para a secretaria da receita federal, sob pena de sua omissão gerar multas pesadas, quando realizam uma escritura de compra e venda de imóveis, um documento denominado de DOI que significa documento de operações imobiliárias em que são fornecidos os dados relativos a todas as transações imobiliárias ocorridas no Brasil.

De posse desses dados fica fácil para a Receita Federal, atualmente, cruzando tais informações com as declarações de imposto de renda analisar se houve ou não sonegação de tributos.

É o que ocorre, por exemplo, quando quem comprou o imóvel subavaliado for vendê-lo pelo preço de mercado e for obrigado a pagar o imposto sobre a renda da diferença sobre o valor vendido e o valor declarado na escritura pública, ou seja, irá pagar um valor superior ao que deveria ser pago.

Também para quem vende pode gerar um problema, uma

vez que a diferença entre o dinheiro recebido e o declarado faz aparecer um dinheiro que também gera a incidência do Imposto de Renda uma vez que houve incremento na renda.

Outro ponto importante na discussão é a questão social porquanto a subavaliação permite que grupos criminosos ou funcionários públicos corruptos consigam “lavar dinheiro”, pois compram propriedades por valores pequenos, em que a origem dos valores é comprovada, e logo a seguir vendem pelos valores reais de mercado e com isso fazem “aparecer” enormes quantidades de dinheiro legalizado advindo de atividades espúrias. Isso faz com que aumentem os índices de criminalidade tendo em vista que o dinheiro possibilita o crescimento dessas organizações e a

Referências

CAPEZ, Fernando Capez. **Curso de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 9. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**: abrangendo o código de 1916 e o novo código civil - Parte Geral. 4. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: parte geral, coleção sinopses jurídicas. 11. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: parte geral, coleção sinopses jurídicas. 7. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

aparente convivência da sociedade.

Por último podemos falar da falta de ética/moral das partes envolvidas no negócio que, ao não pagarem os tributos devidos, estão privando toda a sociedade de usufruir de bens e serviços públicos que se originam do pagamento de tais tributos, além de estarem incentivando atitudes desonestas, contrárias à coletividade.

Por tudo que foi aqui exposto, conclui-se que é uma prática extremamente temerária tanto para as partes envolvidas no negócio de venda e compra de imóveis quanto para a própria sociedade a prática da subavaliação do imóvel a ser vendido.

4.7 DIREITO PENAL E SOCIEDADE

4.7.1 Da inadequação do foro privilegiado em um regime democrático republicano

Marcelo Cunha de Araújo

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

Professor da PUC-MG

Mestre e Doutor em Direito



Marcelo Cunha de Araújo

Como se percebe pela atualidade às escâncaras, existem dois diferentes tipos de Direito Penal: um voltado às classes mais abastadas e outro às menos favorecidas, ambos unidos em prol da manutenção do *status quo*. Um dos pontos do sistema penal que se constitui de forma mais evidente como manifestação explícita dessa distinção constitui o chamado “foro privilegiado”.

O foro privilegiado consiste na existência de um juízo específico, em Tribunais, próprio ao julgamento de determinadas autoridades. A razão de criação do foro privilegiado é, de forma superficial, entendida como uma maneira de evitar que agentes políticos importantíssimos ao Estado sejam “perseguidos” em instâncias inferiores do Poder Judiciário. Assim, criando a necessidade de processar esses agentes apenas nos Tribunais (como o Tribunal de Justiça – TJ, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Supremo Tribunal Federal – STF etc.), em virtude da formação colegiada e da maior experiência de seus membros, o risco de perseguição judicial seria reduzido.

Assim, o Presidente da República, os Deputados Federais, os Senadores, os membros do Poder Judiciário ou do Ministério Público possuem, entre outras “autoridades”, essa prerrogativa de serem processados em foro privilegiado. Já se verifica, de início, que apesar da suposta lógica embasadora do instituto,

há algo de estranho no raciocínio. Em primeiro lugar, o fato de embasar o argumento numa suposta parcialidade no Judiciário de primeira instância é pífio. Atualmente, o Poder Judiciário é, ressalvadas as desprezíveis exceções, um órgão independente e altamente conceituado, tanto por sua qualidade técnica quanto por seu compromisso com os princípios norteadores da Constituição. Além disso, o exercício de um grande poder, como tudo na vida, gera grande responsabilidade, devendo o agente público que decida exercer o múnus possuir alguns ônus que acompanhem os bônus naturais das principais funções de Estado.

Agora, o mais importante não se refere à frágil lógica sustentatória do instituto. O primordial seria verificar se ele efetivamente funciona e, por essa via, observar por que se trata de algo tão aclamado e caro às nossas “autoridades”. Recentemente pudemos observar em Minas Gerais a recente expansão, à moda “rolo compressor”, do foro privilegiado aos Deputados Estaduais. Fazendo um projeto de lei para alcançar não apenas as causas criminais (em que já havia o foro privilegiado), os Deputados Estaduais aprovaram projeto de lei para serem investigados em causas cíveis e de improbidade administrativa apenas perante o Tribunal de Justiça.

Ressalte-se que isso era tão formidavelmente importante aos Deputados que, em brevíssimo espaço de tempo, estes aprovaram um projeto de lei de iniciativa da assembléia sobre o tema, que não foi sancionado pelo Governador ao argumento que tal seria de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Após, tomando “emprestado” projeto antigo de autoria do Procurador-Geral,

os “representantes do povo” inseriram o dispositivo do foro privilegiado (além de uma série de outras normas que dificultam todo o trabalho dos Promotores de Justiça), o que foi novamente vetado pelo Governador. Por fim, demonstrando que essa questão é “vital” ao bom desempenho das atividades legislativas, os Deputados Estaduais rejeitaram o veto e aprovaram o instituto. A questão meritória do instituto, por sua vez, era tão flagrantemente inconstitucional que a vigência da norma já foi liminarmente suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

A par de tais considerações, independentemente das razões para se colocar a favor ou contra o foro privilegiado, as pessoas devem ter nítido em suas mentes que se trata de algo que não é facilmente abdicado pelos que dele usufruem, além de, sempre, buscarem a expansão de suas hipóteses de ocorrência. Nessa linha, outro ponto essencial à compreensão da dinâmica do instituto diz respeito à sua eficácia real.

Como já se tem veiculado na mídia, o foro privilegiado é algo “para inglês ver”. Apesar da enorme importância do recente julgamento do STF de recebimento da denúncia em relação ao “caso mensalão”, nunca devemos olvidar que se trata de mero ato procedimental inicial e corriqueiro, sendo que o que mais se espera é a efetiva condenação. Diga-se, de passagem, que a relevância exacerbada dada a este ato judicial simplesmente ocorreu por se tratarem de réus abastados, e não pela importância intrínseca ao ato. Tanto é assim que, no dia-a-dia forense, são raros os casos em que a denúncia é rejeitada (principalmente se se tratar de réus miseráveis acusados de crimes violentos). Ao fim desse processo no STF (que deverá ocorrer, num pensamento dos mais otimistas, em meia década), caso haja a condenação, essa seria a primeira, em aproximadamente duzentos anos de existência da corte máxima. Não é despropositada a repetição constante: o Supremo Tribunal Federal **NUNCA** condenou

qualquer detentor de foro privilegiado.

Fica evidente que o foro privilegiado é um excelente negócio às nossas “autoridades”. O fato de haver um procedimento colegiado, o abarrotamento dos tribunais, a dificuldade natural na instrução processual (ouvir réus, testemunhas, designar perícias, outras provas etc.), entre outras dificuldades, acabam por perpetuar os processos e a “alegação construída” de prescrição acaba por ser a favorita entre os causídicos.

Não existe a necessidade de qualquer título ou cargo, nem mesmo estudo formal, para se compreender que a essência do foro privilegiado vai contra toda e qualquer concretização de princípio democrático e republicano. Afinal, se somos todos iguais, devemos ser tratados de forma semelhante, especialmente nos casos em que um cidadão existe para servir ao público. Nessas hipóteses especiais, seria aconselhável um maior controle possível, de modo a se verificar a tratativa adequada da coisa pública (*res publica*), e não um incentivo à impunidade total e completa, pelo próprio histórico e dificuldade dos tribunais.

Como Promotor de Justiça, possuindo o privilégio do foro, tenho a posição de que essa excrescência, resquício do clientelismo histórico e da perpetuação dos privilégios que acabam por manter o *status quo*, deve-se findar, o mais rápido possível, para todos, sem qualquer ressalva. Que os nossos “homens públicos” (incluindo aí promotores, juizes, deputados, senadores etc.) se considerem mais como “servidores” do público (o que traz inerente a necessidade de prestarem contas àqueles a quem servem) e menos como “autoridades”, blindadas ao olhar dos órgãos de fiscalização e do cidadão. O triste é verificar, pelo próprio exemplo das Minas Gerais, que o caminho que está sendo trilhado é o exato oposto: o de recrudescer privilégios e o de aumentar a distância da forma de atuação do sistema penal para os ricos e os pobres.

4.8 HOMENAGEM

4.8.1 Sepúlveda Pertence: símbolo de uma Era¹



Luís Roberto Barroso

Luís Roberto Barroso

Professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor livre-docente pela UERJ e mestre em Direito pela Universidade de Yale. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

uma das raras unanimidades do País.

Por muitas razões, José Paulo Sepúlveda Pertence simboliza a longa travessia do País até a consolidação de um Estado de direito democrático, sob a Constituição de 1988. Nascido poucos dias depois do golpe do Estado Novo, em novembro de 1937, foi contemporâneo da implantação do regime de 1946 e militante devotado do movimento estudantil, nos dias agitados da virada da década de 50 para a de 60, tendo sido Vice-Presidente da União Nacional dos Estudantes – UNE. Da vida estudantil saltou para a vida acadêmica, tendo participado, como auxiliar docente, dos primeiros anos da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB, entre 1962 e 1965.

Em 1963, ingressou no Ministério Público do Distrito Federal, aprovado em primeiro lugar no concurso respectivo.

O Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence aposentou-se de seu cargo no Supremo Tribunal Federal em agosto passado, alguns meses antes de atingir a aposentadoria compulsória. Permaneceu na Corte por mais de dezoito anos, tendo sido seu Presidente entre 1995 e 1997. Poucos Ministros terão sido tão influentes na definição do perfil institucional e na formação da jurisprudência do STF desde a sua criação. Ao talento de jurista, à integridade pessoal e à vocação para a magistratura, o Ministro adicionou as virtudes de um temperamento afável e a capacidade de aglutinar pessoas. Tornou-se

¹ Texto adaptado do Editorial da *Revista de Direito do Estado* nº 7, 2007.

Ali permaneceu até 1969, quando foi aposentado com base no Ato Institucional nº 5/68, pela Junta Militar que arrebatara o poder em 1969, após impedir a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo. Com a interrupção precoce de sua carreira, voltou à advocacia, tendo participado de um dos grandes escritórios do País, fundado por Vitor Nunes Leal. A partir daí, sua vocação para a vida pública levou-o a uma intensa atuação na Ordem dos Advogados do Brasil, tanto no Conselho Seccional do Distrito Federal quanto no Conselho Federal, do qual foi Conselheiro e Vice-Presidente.

Ao final do regime militar, Pertence voltou à vida pública. Foi nomeado, pelo Presidente José Sarney, Procurador-Geral da República, em 15 de março de 1985. Ali deu início ao redesenho institucional que daria expressão política, credibilidade e independência ao Ministério Público Federal. Foi membro da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, conhecida como Comissão Arinos, que apresentou um interessante anteprojeto de Constituição para o País. Nela foi relator dos textos relativos ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Circunstâncias conjunturais levaram ao descarte do Anteprojeto Afonso Arinos, que deveria ter servido de base para os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte que elaborou a Constituição de 1988. Foi pena, porque a ausência de um texto base foi responsável por algumas vicissitudes da Carta finalmente aprovada.

Em maio de 1989, Pertence deixou a Procuradoria-Geral da República para assumir uma vaga no Supremo Tribunal Federal, ainda uma vez por nomeação do Presidente Sarney. Sua passagem pela presidência da Corte foi um marco nas relações do Judiciário com a sociedade. Pertence deu visibilidade e transparência à Suprema Corte, divulgando pelos meios de comunicação, com sobriedade e espírito público, as realizações e as mazelas do Poder Judiciário, em busca de propostas e soluções adequadas. Nesse mesmo período, as entidades de classe da magistratura, inspiradas pelo bom exemplo, deixaram de ser

apenas veículos de reivindicações corporativas para se tornarem instâncias relevantes de interlocução com a sociedade, condição que conservam até hoje.

Pertence prestou uma outra contribuição valiosa durante sua passagem pela presidência do STF: pioneira e corajosamente, sustentou a importância do respeito à jurisprudência e defendeu a idéia da *súmula vinculante*. Foi vítima de críticas e de incompreensões, mas o acerto de sua visão revelou-se ao longo do tempo. De fato, o respeito amplo aos precedentes reverencia valores e princípios constitucionais fundamentais, entre os quais a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência, dando maior racionalidade e celeridade à Justiça. Ao longo dos últimos anos, seu ponto de vista prevaleceu em diferentes reformas constitucionais e legislativas, entre as quais a atribuição de competência aos relatores de recursos para, monocraticamente, acolhê-los ou rejeitá-los em função de estarem ou não afinados com a jurisprudência dominante. As decisões em todas as ações diretas passaram a ter efeitos vinculantes e, mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 45 criou a *súmula vinculante*. A tendência à criação de uma vinculação geral aos precedentes é uma evolução positiva no Direito brasileiro.

Nos últimos anos, coroando sua carreira, Pertence foi o decano do Supremo Tribunal Federal, posição que exerceu com maestria, procurando preservar a memória da Corte e a harmonia entre diferentes pontos de vista em relação às questões constitucionais. Na juventude dos 70 anos, Pertence já viveu uma vida completa: militância estudantil, vida acadêmica, atuação institucional na OAB, membro e chefe do Ministério Público, Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal. Ah, sim: e integrante do Conselho Editorial da *Revista de Direito do Estado* desde a sua fundação. José Paulo Sepúlveda Pertence volta à iniciativa privada, em que atuará como parecerista. Ninguém que o conhece acredita que ficará muito tempo longe da vida pública.

4.9 DIREITO ELEITORAL EM FOCO

4.9.1 Campanhas eleitorais transparentes



Edson de Resende Castro

A Lei n. 11.300, de 11 de maio de 2006, que dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, pode ser uma importante oportunidade para que as campanhas eleitorais se tornem mais transparentes, porque a nova lei, acrescentando o § 4º ao art. 28, da Lei 9.504/97, impõe aos candidatos, partidos políticos e coligações a obrigação de, durante a campanha eleitoral – mais exatamente nos dias 06 de agosto e 06 de setembro

– divulgar relatório discriminando os recursos ou estimáveis em dinheiro que tenham recebido para financiamento da campanha

e os gastos que realizarem.

A partir dessa regra, é dado aos eleitores saber, antes da manifestação do voto, a movimentação de recursos de campanha dos candidatos, partidos e coligações, possibilitando uma escolha consciente do seu representante no governo ou no parlamento.

No Estado Democrático de Direito, em que o poder pertence ao povo, esse poder é exercido quase sempre por meio de representantes eleitos pelo voto direto. Daí que a informação clara e verdadeira ao eleitor constitui instrumento indispensável à *legitimação substancial* dessa representação. Se é verdade que a soma de votos em número suficiente à eleição *legítima formalmente* o eleito para a posse e exercício do mandato, mais certo ainda que a *legitimação material* só se alcança se o processo eleitoral for capaz de colher dos outorgantes dos mandatos – os eleitores – sua decisão refletida e imaculada sobre as propostas

Edson de Resende Castro

Promotor Eleitoral, Coordenador do CAO-Eleitoral do Ministério Público de Minas Gerais. Professor de Direito Eleitoral

Autor da obra “Teoria e Prática do Direito Eleitoral”, 3. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2006

de cada candidato e principalmente sobre os compromissos que ele assume no transcorrer da disputa. De fato, o voto depositado nas urnas, quando sem a indispensável informação e consciência, não é manifestação livre da vontade a compor os governos. Não é sem razão que o ordenamento jurídico eleitoral abomina, e até tipifica como crime, condutas que tendem a retirar do eleitor a sua liberdade de escolha.

Tenho dito e insistido que a propaganda eleitoral (momento de debate de idéias e confronto de opiniões) constitui direito do eleitor – antes mesmo de ser direito dos candidatos, partidos e coligações – e deve orientar-se por princípios básicos, como o da *conformação com a verdade*, inequivocamente consagrado no Código Eleitoral, que chega a tipificar como crime a afirmação inverídica visando ao convencimento dos eleitores. Tudo porque, repita-se, é fundamental ao bom exercício do voto – do que depende a democracia – que o eleitor seja bem informado.

Então, essa obrigação agora criada – de divulgação de contas parciais em agosto e setembro no sítio eletrônico da Justiça Eleitoral – é mais um passo na direção da transparência das campanhas (leia-se informação), exatamente porque possibilita aos eleitores saber como estão o financiamento e os gastos de campanha de cada um dos candidatos. Não se trata de mais um mero expediente a ser exigido dos candidatos, uma quase formalidade, porque desta feita a informação é lançada diretamente aos olhos do eleitor, evidenciando-se a intenção do legislador de publicizar os bastidores da campanha até então guardados à intimidade.

Parece-nos apressado e irrefletido dizer, como já se vê em alguns julgados, que a inobservância dessa regra é irregularidade sem consequências, pelo só fato de o dispositivo legal em comento (art. 28, § 4º, da Lei 9.504/97) estar desacompanhado de sanção específica.

Na verdade, o que a lei instituiu foi a obrigação de prestar contas durante a campanha eleitoral e, mais importante, diretamente aos que delas devem se inteirar (os eleitores) para, como dito, decidir sobre o voto. Só isso já é o suficiente para se afastar qualquer tentativa de desqualificação dessas contas parciais, porque não se concebe que as contas finais apresentadas à Justiça Eleitoral, depois das eleições, sejam mais importantes que aquelas acessíveis aos eleitores durante a campanha, porque divulgadas na Internet. Enquanto as contas levadas à Justiça Eleitoral abrem oportunidade ao exame de sua adequação à legislação – o que é sem dúvida importante instrumento de detecção de ilícitos –, as parciais de agosto e setembro, que se dirigem ao eleitor, têm como objetivo tornar consciente o exercício do voto e legítimos substancialmente os resultados consagrados nas urnas, afirmando-se a democracia como governo do povo.

Sem a apresentação oportuna dessas contas parciais aos eleitores – tão ou mais importantes que as contas finais à Justiça Eleitoral, repito – não pode o eleito ser diplomado – porque há expressa vedação legal no art. 29, § 2º, da Lei n. 9.504/97 – e não pode obter quitação eleitoral nos próximos quatro anos, exatamente porque o TSE, debruçando-se sobre o conceito de “plenitude do gozo dos direitos políticos”, concluiu que não está quite com a Justiça Eleitoral aquele candidato que não presta contas de campanha:

A falta de prestação de contas de campanha pelo candidato impedirá a obtenção de certidão de quitação eleitoral, com relação às omissões verificadas a partir das eleições de 2004, aplicando-se a mesma regra aos débitos não satisfeitos dos quais não haja registro no cadastro eleitoral vigente para as eleições deste ano. (TSE, Resolução n. 21.848/2004)

A nova sistemática, sem dúvida, é passo importante na direção do aperfeiçoamento da democracia brasileira.

4.10 TECNOLOGIA E APRENDIZAGEM: NOVAS PERSPECTIVAS

4.10.1 Treinamento a distância para servidores do Ministério Público de Minas Gerais nas comarcas do interior



Fernanda Calzavara de Sousa

Embora a utilização da Internet seja algo recente no processo de ensino-aprendizagem, várias organizações públicas e privadas vêm utilizando a educação a distância (EaD) via Internet/Intranet como ferramenta de disseminação da informação para o treinamento de

seus funcionários, proporcionando-lhes uma formação mais ampla e orientada para a criação de conhecimento organizacional.

Apesar de existirem inúmeros conceitos atribuídos à EaD,

pode-se defini-la como uma modalidade de ensino-aprendizagem, na qual há separação física, no tempo e no espaço, entre professores e alunos. A existência de algum tipo de tecnologia da informação e comunicação (TIC) que possibilite a interação e o diálogo entre eles e a transmissão dos conteúdos educativos transferem para o aluno a responsabilidade e autonomia pelo seu próprio aprendizado.

No Brasil, a EaD foi regulamentada pelo Decreto nº 5.622, de 19 de dezembro de 2005. Em seu início, foi adotada em substituição à educação convencional, inacessível às pessoas que moravam em locais isolados ou que estavam impossibilitadas,

Fernanda Calzavara de Sousa

Servidora do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Graduada em Psicologia

Especialista em Gestão Estratégica/Gestão de Pessoas

Mestre em Administração Pública/Gestão da Informação

por outras razões, de cursar o ensino regular apropriado.

Posteriormente, com o surgimento das novas TICs, principalmente depois de meados da década de 90 com a disseminação da Internet, o interesse na EaD pelas organizações e instituições de ensino começou a ser ampliado em virtude de vantagens por ela proporcionadas. A diversificação e a ampliação da oferta de cursos, o acompanhamento aluno a aluno, a flexibilidade de tempo e de espaço, a redução dos custos constituem alguns desses benefícios. Mas, fundamentalmente, é a interatividade que melhor facilita o compartilhamento da informação e a construção do conhecimento entre alunos e professores e entre alunos.

Diante desse quadro, este artigo partiu da pesquisa de dissertação de mestrado desta autora, no ano de 2007, na qual se objetivou verificar se a EaD via Intranet, voltada para o treinamento dos servidores lotados nas comarcas do interior, contribuiria para a criação do conhecimento organizacional explícito no Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP). Isso porque o treinamento presencial dos servidores do interior estava sendo prejudicado pela pouca oferta de cursos a serem disponibilizados pela Instituição aos seus profissionais, pelo baixo atendimento da demanda dos servidores por cursos na capital e interior, pelo elevado custo com despesas de pessoal para o treinamento na capital e pelas ausências do profissional em treinamento de seu local de trabalho.

Para tanto, utilizou-se como metodologia o estudo qualitativo, utilizando-se a pesquisa de campo para (1) promover o levantamento bibliográfico referente à importância da EaD via Internet como ferramenta de disseminação da informação e sua relação com a teoria de criação do conhecimento organizacional, visando à criação de uma tipologia de estudo e as variáveis dependentes de pesquisa para aplicação do grupo focal no MP e para o levantamento documental e entrevista com os responsáveis pelo projeto pedagógico de EaD, via Internet, no Banco Central do Brasil (BACEN) e no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG); (2) identificar, por meio do grupo focal¹, a percepção dos servidores do interior que já participaram de cursos presenciais na capital sobre como deveria ser a implantação da EaD na organização e a pertinência da contribuição da EaD via Intranet na criação do conhecimento organizacional explícito no MP; e (3) realizar o levantamento documental e a entrevista semi-estruturada² com os responsáveis pelo projeto pedagógico de EaD via Internet, no BACEN e no TJMG, para o resgate das experiências com treinamento de servidores através da EaD via Internet nessas instituições, o conhecimento da dinâmica da EaD na prática e, ainda, em contato com essas experiências, poder sugerir ações que contribuíssem para a reflexão de uma eventual proposta de treinamento a distância que o MP viesse a adotar.

Os resultados obtidos por intermédio da pesquisa revelaram a pertinência da contribuição da EaD via Intranet para a criação do conhecimento organizacional explícito no MP, mesmo não sendo uma realidade no âmbito da instituição. Ela é percebida pelos seus servidores, ainda que intuitivamente, como uma desejável opção para o treinamento dos servidores lotados

no interior, uma vez que permitiria a capacitação de cada um em concomitância com o trabalho, sem haver a necessidade do deslocamento para a capital, nem a instituição teria que arcar com o pagamento de diária.

Segundo os mesmos servidores, caso o MP implementasse a EaD via Intranet para o treinamento haveria aumento do número de pessoas atendidas, flexibilidade de tempo e espaço, qualidade instrucional, redução dos custos com treinamento, interatividade, diversificação e ampliação da oferta de cursos. Afinal, com o treinamento sendo processado pela Internet, o número de servidores a serem atingidos por um único treinamento a distância seria maior que o número de servidores treinados presencialmente. Isso permitiria a todos do interior acessarem os conteúdos pedagógicos e trocaram informações sobre as melhores práticas do trabalho nas Promotorias de Justiça em locais e períodos por eles considerados mais convenientes, de preferência, durante o expediente. A realização do treinamento não ficaria mais condicionada aos gastos com diária, espaço físico e liberação do servidor para ir à capital se capacitar. E, havendo a diminuição dos gastos com o treinamento a distância e efetividade da melhoria na rotina de trabalho na Promotoria, a Instituição ofertaria e disponibilizaria um número cada vez maior de cursos *on-line*, a começar por treinamentos referentes à rotina de Promotoria de Justiça e conhecimento da instituição Ministério Público e das atribuições, direitos e deveres dos seus servidores.

Seriam notados também o controle e acompanhamento aluno a aluno, realizado por meio de um sistema de gerenciamento de aprendizagem, tanto no que se refere ao controle de acesso dos alunos aos cursos, procurando verificar se está havendo desinteresse ou deserção em algum curso, quanto o controle de conteúdo, visando a verificar se está ocorrendo a assimilação do conteúdo pedagógico pelo aluno. Além disso, a criação de documentação de conhecimento explícito, a eficácia do ensino e a formação permanente de pessoal poderia disseminar a todos o conhecimento acerca de determinado assunto. Isso em função dos cursos *on-line* disponibilizados pela Internet e preparados sob demanda dos interessados e das trocas de experiências via chat, e-mail, enquetes e fóruns de discussão. A troca de experiências permitiria aos outros servidores do MP sanarem as suas dúvidas e utilizarem o conteúdo aprendido e discutido na ambiência do seu trabalho, melhorando paulatinamente seu desempenho, o que os estimularia a cada vez mais requererem à Instituição novos treinamentos e a montarem seu próprio plano de aprendizagem.

Desse modo, concluiu-se no trabalho desenvolvido pela contribuição da EaD via Intranet, voltada para o treinamento dos servidores lotados nas comarcas do interior, principalmente pelos pesquisados, entenderem que, enquanto o conhecimento sobre determinadas práticas nas promotorias estiver presente somente com uma pessoa ou promotoria específica, ele ficará restrito àquele meio ou pessoa, podendo ser perdido, no caso de o servidor vir a ser removido ou exonerado. Para que esse conhecimento se torne memória organizacional, seria preciso que o MP encontrasse formas de codificá-lo como informações, de explicitá-lo aos outros servidores do interior, para que ele seja

¹ Realizado em Belo Horizonte e composto por uma amostra de 41 servidores do interior distribuídos em quatro grupos focais. A obtenção do universo de pesquisa foi através das listas de presença de cada curso realizado pelo Núcleo de Recursos Humanos, na capital, em 2006, e o tamanho da amostra foi conseguida a partir de um processo de amostragem aleatória simples, sem repetição, para 90% de intervalo de confiança e 10% de erro máximo provável.

² Realizados na sede do BACEN em Brasília e na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes no TJMG, em Belo Horizonte. Tais instituições públicas foram amostradas intencionalmente por serem consideradas fontes de notório saber.

facilmente transmitido e compartilhado coletivamente por toda a organização através da aprendizagem. Faz-se necessário também que leve ao desenvolvimento de alguma idéia nova que venha a beneficiar o MP como um todo e passe a ser armazenado como parte do saber da Instituição.

Não obstante, algumas dificuldades que influenciariam profundamente na eficácia do treinamento a distância e, conseqüentemente, na criação do conhecimento organizacional explícito no MP, também foram levantadas pelo grupo focal: a existência de computadores muito antigos, a falta de um *software* responsável pelo gerenciamento da aprendizagem na instituição, a existência de Internet discada em algumas comarcas, a transformação do conteúdo pedagógico em cursos *on-line*, as dificuldades em imprimir o material do curso, a extensão do conteúdo, o envolvimento e patrocínio dos níveis mais altos da organização com a administração de um curso de EaD via Intranet, os altos custos iniciais a serem despendidos com treinamento e desenvolvimento de pessoal docente, montagem de infra-estrutura e construção do material didático. Apontaram-se também o desinteresse dos alunos com o treinamento a distância, principalmente pelas informações contidas nos cursos *on-line* não serem pertinentes às suas necessidades.

Assim, a partir das concepções dos servidores pesquisados e da realidade percebida através das duas instituições amostradas referente a adoção da EaD a distância, algumas sugestões para o MP foram feitas, caso ele venha a adotar a EaD para o treinamento de seus servidores, tais como:

- Sensibilizar os membros e servidores, através de informativos e palestras, sobre a importância da EaD para a Instituição.
- Regulamentar internamente a liberação dos servidores durante o expediente para se capacitarem. Certificar no setor específico de EaD se haveria a possibilidade de disponibilizar determinados cursos a distância, para que haja o aumento do número de pessoas atendidas, a diversificação e a ampliação da oferta de cursos e a redução dos gastos da instituição com treinamento.
- Adotar um *software* responsável pelo gerenciamento da aprendizagem com ferramentas que possibilitem a interação entre os participantes dos cursos *on-line*.
- Atualizar constantemente o *hardware* através de novas aquisições.
- Ampliar o tempo de acesso à Internet discada para as comarcas que não tiverem a banda larga.
- Disponibilizar o conteúdo pedagógico por meio de apos-

tila impressa e mídia eletrônica, pois permitiria que os servidores com dificuldades de acesso à Internet banda larga tivessem acesso ao conteúdo formalizado, dividido em módulos das aulas, como também às palestras proferidas pelos professores.

- Atentar para o desenvolvimento no âmbito interno dos cursos e, principalmente, quando for contratar serviços externos de elaboração, certificando a real demanda por treinamento, o público-alvo, a infra-estrutura existente nas comarcas em que o curso será disponibilizado, bem como a extensão do conteúdo pedagógico, para que este desperte o interesse e tenha aplicabilidade ao trabalho desempenhado pelos servidores nas Promotorias de Justiça.
- Organizar os conteúdos pedagógicos em uma seqüência de módulos, adequados em quantidade e profundidade ao tipo de estudante para o qual determinado curso se destina, à carga-horária ofertada e ao ritmo de estudo que será disponibilizado pela instituição aos servidores treinados.
- Treinar o pessoal docente montando grupos de discussão acerca da EaD na própria Instituição com os profissionais que integrarão a equipe, disponibilizando e incentivando-os a irem em palestras, cursos, seminários etc, para que estejam preparados para assumirem a responsabilidade de administrar cursos em EaD via Intranet.
- Estabelecer parcerias com instituições de ensino, ou até mesmo com outras instituições da esfera pública que já possuem conhecimentos suficientes acerca da administração de cursos de EaD via Internet/Intranet para troca de experiências.
- Criar um setor específico na Instituição responsável pela EaD, com atribuições bem definidas e composto por uma equipe multidisciplinar qualificada.
- Estabelecer um orçamento específico para o treinamento de servidores, visando a facilitar a implementação de um plano de treinamento a distância e dar maior credibilidade e prosseguimento ao treinamento continuado ofertado pela instituição.
- E, por fim, verificar constantemente se a EaD via Intranet tem permitido a diversificação e a ampliação da oferta de cursos, o aumento do número de pessoas atendidas, a redução dos custos com treinamento, a interatividade, a flexibilidade do tempo e espaço, a criação de documentação de conhecimento explícito, o controle e acompanhamento aluno a aluno, a qualidade instrucional, a eficácia do ensino e a formação permanente de pessoal. Pontos motivadores de sua implementação no MP.

Referência bibliográfica

SOUSA, Fernanda Calzavara de. *Treinamento a distância dos servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais lotados nas comarcas do interior: a contribuição dada pela educação a distância via intranet para a criação do conhecimento organizacional explícito no MP*. Dissertação (Mestre em Administração Pública) – Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2007. 166p

4.11 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.11.1 Planejamento Estratégico

Marcelo Santa Rosa

Graduado em Administração de Empresas pela FCG/UNA

Pós-Graduado em Análise de Sistemas pela FCG/UNA

Pós-Graduado em Administração Pública pela FJP

Pós-Graduado em Direito Público

Diretor de Planejamento Institucional do MP (apostilado) e atual

Assessor Técnico do Gabinete Institucional – Ministério Público do Estado de Minas Gerais



Marcelo Santa Rosa

Introdução

Muito se fala em Planejamento Estratégico, e nas organizações de maneira geral ainda se pode encontrar uma série de interpretações em relação a essa ferramenta de administração

Instituições, organizações, empresas de todos os tipos estão chegando à conclusão de que essa atenção sistemática à estratégia pode ser uma atividade muito proveitosa. Empresas pequenas, médias e grandes, bancos, instituições sem

fins lucrativos e instituições públicas, decidem hoje, por meio da ferramenta Planejamento Estratégico, os rumos que sejam mais adequados aos seus interesses.

As razões para essa atenção crescente à estratégia institucional ou organizacional são muitas, algumas mais evidentes que outras. Entre as causas mais importantes do crescimento recente do Planejamento Estratégico, pode-se citar as mudanças ambientais sofridas com surpreendente rapidez pelas organizações. Essas mudanças ocorrem nos ambientes econômicos, social, tecnológico e político. O crescimento de uma organização é diretamente proporcional à sua capacidade de ajustar-se à conjuntura, e o Planejamento Estratégico é uma técnica cientificamente comprovada para que tais ajustes sejam feitos com inteligência.

Planejamento Estratégico é um instrumento que força, ou pelo menos estimula, os membros administradores a pensar em termos do que é importante, ou relativamente importante, e também a se concentrar e concentrar esforços sobre assuntos de relevância.

Esse Planejamento Estratégico, que se tornou o foco de atenção da alta administração das instituições, é voltado para as medidas positivas que uma empresa poderá tomar para enfrentar ameaças minimizando-as e aproveitar ao máximo as oportunidades oferecidas ou encontradas em seu ambiente externo de atuação.

O mais importante na utilização do Planejamento Estratégico é o seu estreito vínculo com a administração estratégica nas organizações. Não se pode tratá-lo isoladamente sem entrar no processo de administração estratégica, com envolvimento das lideranças da organização, do mais alto escalão até as unidades administrativas operacionais, contribuindo assim de forma eficaz com a gestão dos administradores na obtenção de seus

resultados.

O que é o Planejamento Estratégico?

Trata-se de um instrumento mais flexível que o conhecido Planejamento de Longo Prazo (década de 50). Com a mudança constante dos cenários econômicos, sociais, tecnológicos e ambientais do mundo, inclusive no Brasil, surgem alguns fatores negativos sobre os quais deverá se concentrar a atenção dos administradores. Questões por exemplo como o reduzido crescimento econômico, globalização, regulamentação governamental, novas tecnologias, escassez de recursos e protecionismo internacional deverão alertar as organizações para a utilização e aperfeiçoamento desse planejamento.

Segundo Igor ANSOFF (1990), somente um número reduzido de empresas utiliza o verdadeiro Planejamento Estratégico. A grande maioria das organizações continua empregando as antiquadas técnicas de “Planejamento a Longo Prazo”, que se baseia em extrapolação das situações passadas e projeções de lucro (para dez anos ou mais) sem muita utilidade, apresentados por uma enorme quantidade de papel e uma limitada quantidade de pensamento estratégico. Tais planos não permitem antever a realidade ambiental futura.

Philip KOTLER (1975), um dos defensores da sua utilização, propõe o seguinte conceito: “O Planejamento Estratégico é uma **metodologia gerencial que permite estabelecer a direção a ser seguida pela Organização** visando maior grau de interação com o ambiente”. A direção engloba os seguintes itens: âmbito de atuação, macropolíticas, políticas funcionais, filosofia de atuação, macroestratégias, estratégias funcionais, macroobjetivos, objetivos funcionais.

Tipos de planejamento

Existem dúvidas também sobre as diferenças entre Planejamento Estratégico, Tático e Operacional. Russell ACKOFF (1966) esclarece que o Planejamento Estratégico é pertinente à organização como um todo, elabora Planos Gerais de Atuação de suas áreas finalísticas, enquanto o Planejamento Tático elabora planos relacionados com as diversas áreas ou setores intermediários da organização. Por exemplo, um Plano Financeiro, um Plano Orçamentário, um Plano de Compras são planos táticos que podem fazer parte de um Planejamento Estratégico.

Para operacionalizar os planejamentos táticos são preparados os Planos Operacionais (ou setoriais) que orientam como serão desenvolvidos (operacionalizados) os planos táticos. Temos aqui uma boa oportunidade de clarear a definição de estratégia e tática. Enquanto a primeira distingue-se pela abrangência, ou

seja, o grau em que a organização será afetada por uma ação e abrange um período de tempo relativamente maior para esta ação ser implementada. Já a segunda refere-se a ações que afetaram parte ou partes da organização, como as áreas funcionais. Um conjunto de táticas pode formar uma estratégia. A palavra estratégia vem do grego “strategos”: a arte do general.

O que é plano, objetivo, meta e estratégia?

Planejamento é a arte de construir planos. Pois bem, um plano (a palavra plano nos lembra uma superfície sem imperfeições, retidão, onde com um rápido olhar percebe-se sua totalidade, do início ao fim) é o instrumento de planejamento capaz de atingir metas. É um documento técnico formal de declaração explícita de intenções, em que são colocados os objetivos, as metas, as estratégias, o cronograma de execução e as responsabilidades setoriais e individuais dos envolvidos, ou seja, tem-se a clareza de “o que” será feito, “como” será feito, “quem” fará, “onde” será feito e “quando” fará.

O objetivo é genérico, abrangente. Refere-se ao “o que” vai ser feito. O detalhamento do objetivo chama-se meta, que nada mais é do que o próprio objetivo colocado de maneira desafiante, estruturado com indicação do que deve ser feito acompanhado de um percentual (“quanto” vai ser feito) a ser cumprido em um determinado tempo (“quando” vai ser feito).

A estratégia representa a maneira de alcançarmos o objetivo. Definem as ações, o foco para aplicação dos processos (“como” deve ser feito) necessários.

Mitos e concepções errôneas sobre planejamento estratégico

No mundo dos negócios, a maior parte do pensamento convencional sobre planejamento estratégico, ou seja, o estabelecimento de metas e a formação de estratégias e planos para atingi-los são mal conduzidos e às vezes obsoletos. Muitas organizações perdem tempo excessivo e energia intelectual preciosa tentando planejar e fazer um prognóstico de seu futuro. Criam

Referências bibliográficas

- ACKOFF, R. L. *The meaning of strategic planning*. MicKinsey Quaterly, p.48-61, Summer 1966.
 ALBRECHT, Karl. *Programando o futuro*. São Paulo. Makron Books, 1994.
 ANSOFF, H. Igor. *Do Planejamento estratégico à administração estratégica*. São Paulo:Atlas, 1990.
 KOTLER, Philip. *Administração de Marketing: análise, planejamento, implementação e controle*. São Paulo. Editora Atlas, 1975.

4.11.2 Organização, sistemas e métodos: ferramenta administrativa para solução, inovação e renovação organizacional



Fernanda Gabriel Guzella

Introdução

Atualmente, grande parte das empresas necessitam dos trabalhos e soluções característicos da área de Organização, Sistemas e Métodos – OSM, entretanto, a grande dificuldade reside na aprovação e implementação de novas idéias. Há muitas incertezas tanto na estratégia quanto na tática a se-

planos estratégicos grandiosos, apoiados em orçamentos detalhados, estimativas de recursos, planos táticos e cronogramas, mas a maioria desses esforços tem pouca ligação com o sucesso dos negócios, com a finalidade maior da instituição.

Muitos líderes organizacionais tendem a confundir orçamento com planejamento. Nas instituições estatais, por exemplo, em que os orçamentos são quase em sua totalidade dirigidos para os custos da folha de pagamento, o líder simplesmente extrapola os custos do ano vigente para o ano seguinte, com correções para ajustes de salários e fatores relacionados ao custo de vida. Todos eles compõem seus orçamentos corretamente, com mínimas mudanças, e o processo passa de um ano para o outro. Esse tipo de atividade com base no orçamento ilude as pessoas, levando-as a pensar que estão planejando, mas de fato freqüentemente há muito pouco ou nenhum planejamento (ALBRECHT, 1994).

Desse ponto de vista, o ciclo típico do planejamento anual que tantas organizações seguem religiosamente pode, na realidade, travar a agilidade delas para reagir às mudanças, ameaças e oportunidades. Redigir o plano estratégico e orçamento anual é um processo tão exaustivo que ninguém deseja mudá-lo, mesmo que ocorram mudanças ambientais importantes no decorrer do ano.

É preciso tanto planejar quanto projetar o futuro para tornar uma instituição bem-sucedida. São necessários indivíduos capacitados nas duas tarefas. Requer líderes que dominem ambas as práticas. Enquanto que projetar o futuro é um processo que envolve como agir com base no que está acontecendo no ambiente imediato e no futuro próximo, *planejar* é a tradução dessa decisão em ações gerenciáveis.

Portanto, se quisermos projetar o futuro, precisamos hoje trabalhar com planos de projetos, pois o Planejamento Estratégico de uma organização ou instituição recomenda a execução de projetos para atingimento de metas. Um bom Planejamento Estratégico deve produzir uma carteira de projetos divididos em uma proporção conveniente, envolvendo cada uma das áreas da organização.

Fernanda Gabriel Guzella

Servidora do Ministério Público de Minas Gerais
 Bacharel em Administração de Empresas
 Pós-graduanda em Direito Público

rem adotadas, assim como quanto à nova cultura de aplicação.

A falta de familiarização com o assunto, maus esclarecimentos e a prática inadequada de experiências tem gerado grandes problemas à aplicação prática, eficaz e bem-sucedida de OSM.

Nos últimos anos, surgiram novos conceitos sobre empresa e OSM, principalmente após a explosão da informática, microinformática e automação das organizações, sobrevivendo alguns termos consagrados e muito empregados nas organizações tais como: desburocratização, aumento de qualidade,

de produtividade, eficiência, porém nem sempre alcançando o sucesso esperado.

Muitos dos executivos, ainda que bem-sucedidos nas diversas atividades empresariais tais como marketing, produção, finanças etc., sob o aspecto do conhecimento técnico das áreas que dirigem, não conseguem alcançar a mesma performance ao se confrontar com problemas típicos de OSM.

O grande desafio a ser enfrentado será vencer as barreiras das velhas teorias, hábitos e costumes incrustados na vaidade e no individualismo daqueles que se negam a enxergar as modificações de comportamento e ambiente, dificultando e até impedindo a evolução e o progresso da instituição.

Conceito e função de organização

Segundo definição contida no dicionário Michaelis, organização é empregada como sinônimo de arranjar, ordenar, criar, pôr para funcionar. Walter LERNER (1991) esclarece que organização deve ser entendida não como um quadro de cargos, atribuições básicas, responsabilidades, relações formais e nível de autoridade, mas como uma cultura que deverá ser praticada da melhor forma possível.

Nesse aspecto, a função de organização consiste na pesquisa detalhada da estrutura organizacional da empresa para que esta seja bem determinada e venha a atender às necessidades reais e aos objetivos estabelecidos de maneira integrada com a organização informal e a nova estrutura de programas participativos renovadores e inovadores.

Nessa trajetória nos deparamos com muita gente inabilitada que atrapalha e até mesmo obstrui o caminho dos bons profissionais.

A experiência profissional, nesse caso é de grande importância, mas não menos relevante é a cultura, formação técnico-científica e pessoal dos profissionais, pois estas somente se complementarão se houver o equilíbrio na soma de tais características.

Opinar sobre a formação do profissional de OSM é considerada uma das tarefas mais difíceis. Uns acreditam ser a mais ampla possível, outros defendem ser a prática diária de suas atribuições, outros, porém, a formação nas áreas da Administração, Economia, Engenharia etc. por ser o profissional egresso de tais cursos.

Portanto, o profissional ideal é aquele que, além de possuir amplos conhecimentos sobre Teoria Geral da Administração, consiga reunir todas as características acima citadas.

Conceito e função de sistemas

Atualmente, a palavra sistema tem sido muito utilizada na discussão de problemas empresariais. Analistas têm enxergado as organizações como um sistema e aumenta gradualmente a fundação de órgãos e companhias sob o ponto de vista sistêmico.

Sob a óptica de administração de empresas, podemos definir sistema como um conjunto de atividades interligadas em proporção direta, possibilitando a determinação de objetivos a serem alcançados.

Tão vital como o ar para os seres humanos, a informação é elemento essencial a qualquer sistema e fator determinante na tomada de decisões, portanto a sua utilidade está na razão direta

do retorno ou contribuição a que proporciona.

Tamanha é a sua importância que alguns cuidados devem ser tomados com relação à informação:

- Fator retorno;
- Conveniência;
- Adequação ao nível de quem irá receber a informação;
- Idoneidade da informação;
- Distribuição da informação;
- Cuidados com dados supérfluos.

Conceitos e funções de métodos

Considerado como reunião de atividades não alocáveis em organização e sistemas e que são apresentadas sob a designação de simplificação ou racionalização de trabalhos com inclusão de abordagem quanto a aspectos de meio ambiente. Nestes termos, terá esta área as seguintes funções básicas:

1. Introdução de métodos de trabalho mais eficazes, possibilitando bom nível de produtividade com mínimo de ociosidade ao menor custo possível;

2. Analisar e controlar

- Carga de trabalho dos funcionários;
- Sistemas de *layout*;
- Formulários;
- Sistemas de arquivamento;
- Máquinas e equipamentos.

3. Proporcionar melhores resultados

- Com Pessoal

⇒ Racional distribuição de tarefas;

⇒ Atribuição de carga suficiente a funcionários parcialmente ocupados;

⇒ Máquinas e equipamentos eficazes e adequados às necessidades operacionais;

⇒ Eliminação de atividades desnecessárias;

- Com Material

⇒ Padronização de impressos;

⇒ Controle de extração de cópias e duplicação de documentos;

⇒ Controle de aquisições e consumo.

- Com Espaço

⇒ Melhor distribuição de espaço, móveis e pessoas e adequação ao fluxo de informações.

- Com Tempo

⇒ Atendimento a prazos como consequência da aplicação de métodos racionais de trabalho.

4. Acompanhar as inovações nas áreas da automação e informatização empresarial, visando ao máximo de racionalidade com alcance de índices nacionais e internacionais de competitividade.

Bibliografia

LERNER, Walter. *Organização, sistemas e métodos*, 5.ed. São Paulo: Atlas,1991.

CRUZ, Tadeu. *Sistemas, organizações & métodos: estudo integrado das novas tecnologias de informação*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CURY, Antonio. *Organização e métodos: uma visão holística*. São Paulo: Atlas, 2000.

4.11.3 TAPSCOTT, Don; WILLIAMS, Anthony D. **Wikinomics – como a colaboração em massa pode mudar o seu negócio**. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007, 367p.

Em toda parte, estamos cercados por milhões de cinegrafistas amadores prestes a gravar uma cena de um instante que, até bem pouco tempo, poderia passar despercebida. Essa nova tônica, que muitos chamam de *Era Big Brother*, culminou com bruscas transformações sociais, culturais, históricas e econômicas. O foco da obra de Tapscott e Williams é sobre este último aspecto.

Wiki, de interatividade na internet, e o sufixo *nomics*, de economia, já traduzem o conteúdo do livro. Mas não é só economia que o leitor irá encontrar em suas páginas. Comportamento social, grandes projetos e idéias que transformaram a rede mundial de computadores numa aldeia compartilhada dividem a pauta de discussão. E é debate mesmo, pois a produção é dividida com os internautas no *site* www.wikinomics.com. Aliás, no livro, é citada uma pesquisa da *Nature* envolvendo a Wikipedia e a Britânia Enciclopédia. A Britânia apresentou três erros para cada quatro da enciclopédia virtual. Acontece que, na Wikipedia, as impropriedades foram corrigidas imediatamente, no ambiente virtual, o que, obviamente, não pôde ser feito com a publicação inglesa, por ser impressa.

É do conhecimento de todos que na internet circulam imagens que nada acrescentam ao conhecimento ou desenvolvimento humano. Em contrapartida, ferramentas como a própria

Wikipedia, o YouTube, o Projeto Genoma Humano, surgido a partir da interação de cientistas do mundo todo, lançam mão da colaboração em massa, democratizam os meios de comunicação e podem transmitir enormes benefícios a um destacado número de pessoas. E esse viés é um dos pontos de convergência deste livro em comentário.

Bilhões de indivíduos conectados podem agora participar ativamente da inovação, da criação de riqueza e do desenvolvimento social de uma maneira que antes era apenas um sonho. E, ao colaborarem, essas massas de pessoas reunidas fazem com que as artes, a cultura, a ciência, a educação, o governo e a economia avancem de forma surpreendente, mas, em última instância, lucrativa. Empresas que se envolvem com essas comunidades surgidas graças à web já estão descobrindo os verdadeiros dividendos da competência e da genialidade coletiva. (pág.11)

Faltou dizer que a proliferação dos meios de comunicação na internet vai além da capacidade de produção de massas. É também uma forma de promover a democracia do acesso. Tanto assim é que governantes de índole autoritária têm dificuldade em proibir a divulgação de conteúdos contrários a sua orientação. A disseminação do conhecimento e da informação é, sem dúvida, um caminho sem volta.