

# SÚMULA VINCULANTE

## Teresa Arruda Alvim Wambier

### ENTREVISTA:

**Robertson Azevedo**

**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 III - outubro/novembro/dezembro de 2007- Número 11  
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

<b>I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA</b>	8
Jarbas Soares Júnior	
<b>II APRESENTAÇÃO</b>	8
Jacson Rafael Campomizzi	
<b>III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL</b>	9
<b>1 MATÉRIA DE CAPA</b>	
<b>1.1 Súmula Vinculante</b>	10
Teresa Arruda Alvim Wambier	
<b>2 ENTREVISTA</b>	
<b>2.1 Robertson Azevedo</b>	20
<b>3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL</b>	
<b>3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL</b>	
<b>3.1.1 Prerrogativa de foro nas Constituições Estaduais e a Justiça Federal</b>	22
Américo Bedê Freire Júnior	
<b>3.1.2 Conflito real de normas e teoria funcional</b>	23
Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho	
<b>3.1.3 Rumo a um Ministério Público europeu</b>	24
Emerson Garcia	
<b>3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área</b>	
<b>A) Obras doutrinárias</b>	
<b>3.1.4.1 SACCO, Ricardo Ferreira. <i>Constitucionalismo e Ministério Público</i></b>	25
<b>3.1.4.2 BOBBIO, Norberto. <i>A era dos direitos</i></b>	26
<b>B) Artigos</b>	
<b>3.1.4.3 Conselho Nacional de Justiça – Exercício de cargo de dirigente (grão-mestre) de Instituições Maçônicas – CNJ – Pedido de Providências</b>	26
<b>3.1.5 Jurisprudências da área</b>	
<b>3.1.5.1 TJMG, 12ª Câmara Cível. <i>Responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica de direito privado prestadora de transporte público coletivo</i></b>	26
<b>3.1.5.2 STJ, 2ª Turma. <i>Táxi. Necessidade de licitação para a exploração desse serviço</i></b>	27
<b>3.1.5.3 STF, Pleno. <i>Destinação do produto de taxa de poder de polícia sobre atividades notariais e de registro para tonificar a estrutura da Defensoria Pública Estadual. Possibilidade</i></b>	27

- 3.1.5.4 STJ, 6ª Turma.** *Parecer favorável emitido por advogado em procedimento fraudulento de licitação. Possibilidade de cometimento de ilícito penal no caso de o arrazoadado ser contrário aos padrões normais e à ordem legal. Imunidade apenas relativa no tocante à liberdade do exercício da sua profissão* 27

## 3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

- 3.2.1 Conserto de produtos: perda da posse/propriedade do produto pelo abandono. Prática comercial abusiva** 29  
Plínio Lacerda Martins
- 3.2.2 Legitimidade do Ministério Público para tutelar interesses individuais indisponíveis no âmbito do direito à saúde** 30  
Arlindo Márcio Lacerda
- 3.2.3 Do tratamento legal do instituto jurídico do parcelamento do solo** 33  
André Luiz Esteves Gomes
- 3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área**
- A) Obras doutrinárias**
- 3.2.4.1 FROTA**, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica* 35
- B) Artigos**
- 3.2.4.2 DIDIER JR.**, Fredie. *Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial* 35
- 3.2.5 Jurisprudências da área**
- 3.2.5.1 TJMG, 15ª Câmara Cível.** *Reconhecimento de dano moral coletivo pela via da ação civil pública* 36
- 3.2.5.2 TJMG, 4ª Turma.** *Tendo em vista a importância do objeto material em litígio, a liminar suspensiva que impede a demolição de imóvel tombado deve ser mantida até o final da demanda.* 36
- 3.2.5.3 STJ, 2ª Turma.** *Uso da ação civil pública para adequar a prestação do serviço público de transporte coletivo* 36
- 3.2.5.4 TJMG, 11ª Turma.** *Plano de saúde. Não-fornecimento de medicamentos indicados pelo médico do paciente. Caracterização de cláusula abusiva* 36

## 3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

- 3.3.1 A reforma do CPC, o conceito de sentença e o princípio da unicidade do julgamento de mérito** 37  
Maria Angélica Feliciano Barreiros
- 3.3.2 O fim da culpa na separação judicial** 40  
Leonardo Barreto Moreira Alves
- 3.3.3 Convenção de Condomínio** 42  
Renato Libânio da Silveira Santos

**3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área****A) Obras doutrinárias**

- 3.3.4.1 BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental* 42

**B) Artigos**

- 3.3.4.2 FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. *A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública em matéria ambiental* 42

**3.3.5 Jurisprudências da área**

- 3.3.5.1 STJ, 3ª Turma. *Intervenção do Ministério Público mesmo diante da ausência do interesse público direto. Relevância social do julgamento final da lide que pode ensejar a participação do órgão ministerial* 43
- 3.3.5.2 TJMG, 10ª Câmara Cível. *Responsabilidade da instituição financeira pela entrega de talonário de cheque* 43
- 3.3.5.3 TJMG, 2ª Câmara Cível. *Impossibilidade jurídica do pedido de retificação do registro diante do reconhecimento da filiação socioafetiva* 43
- 3.3.5.4 TJMG, 4ª Câmara Cível. *As manifestações do Ministério Público não precisam ser sempre datilografadas ou digitadas. Direito de se manifestar por simples cota nos autos do processo* 43

**3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL**

- 3.4.1 **A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas** 45  
Márcia Martini

- 3.4.2 **A associação para tráfico de drogas – uma nova visão** 47  
Flávio Reis Mello

- 3.4.3 **Da delação premiada** 48  
Pedro Henrique Carneiro da Fonseca

**3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área****A) Obras doutrinárias**

- 3.4.4.1 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime (tomo I)* 52
- 3.4.4.2 MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema Jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido* 52

**B) Artigos**

- 3.4.4.3 SOUZA, Artur César. *A “parcialidade positiva” do juiz e o justo processo penal: nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”* 52

**3.4.5 Jurisprudências da área**

- 3.4.5.1 TJMG, 2ª Câmara Criminal. *Possibilidade de reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor* 53
- 3.4.5.2 STJ, 6ª Turma. *Co-autoria da esposa em relação aos crimes praticados pelo marido durante a constância conjugal. Impossibilidade. Não configuração do nexo de causalidade.* 53

3.4.5.3 TJMG, 16ª Turma. <i>A causa de exclusão de crime prevista no art. 142, I, do CP aplica-se aos procedimentos administrativos</i>	54
3.4.5.4 TJMG, 3ª Câmara Criminal. <i>Disparo de arma de fogo em via pública. Desnecessidade de apreensão da própria arma para a comprovação material do crime, o que pode ser suprida mediante prova oral</i>	54
<b>4 INFORMAÇÕES VARIADAS</b>	
<b>4.1 MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE</b>	
4.1.1 Poderes investigatórios do Ministério Público Damásio de Jesus	55
<b>4.2 LÍNGUA E LINGUAGEM</b>	
4.2 <i>Ultra partes</i> no Código de Defesa do Consumidor e a expressão latina <i>inaudita altera pars</i> Cláudio Márcio Bernardes	56
<b>4.3 TÉCNICA PROCESSUAL</b>	
4.3.1 Da necessidade de sustentação efetiva das teses defensivas para que possam ser quesitadas no Tribunal do Júri Mauro da Fonseca Ellovitch	57
4.3.2 Crime. Controvérsia. Declínio de competência. Impossibilidade. Sistema acusatório. Conflito de atribuição. Inaplicabilidade da jurisprudência consolidada Spencer dos Santos Ferreira Junior	58
<b>4.4 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO</b>	
4.4.1 Conta corrente salário Mariana Mendes Almas	61
<b>4.5 QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE O DIREITO REGISTRAL E NOTARIAL</b>	
4.5.1 O princípio da eficiência e o titular da serventia extrajudicial Alexandre Artur Mendes Soares	62
<b>4.6 SOCIEDADE EM DEBATE</b>	
4.6.1 O Biopoder e o direito à privacidade: a tecnologia a serviço da sociedade de controle Riany Alves de Freitas	64
<b>4.7 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR</b>	
4.7.1 A Fisioterapia no idoso e a Legislação Brasileira Diva Braga, Rafaela Paoliello Sossai e Lemos, Luciano Braga Lemos, Luciana Rambalducci Martins Simmer	67
4.7.2 Indicação de obra de outra área	
4.7.2.1 NONAKA, Ikujiro; TAKEUCHI, Hirotaka. <i>Criação de conhecimento na empresa</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),**

Uma das mais importantes missões de qualquer instituição que se dispõe à defesa de direitos e interesses da sociedade é o adequado aparelhamento de seu corpo orgânico, do ponto de vista material, funcional e, sobretudo, intelectual.

A Administração Superior do Ministério Público mineiro tem tido essa prioritária preocupação e, para tanto, não tem poupado esforços para a concretização do ideário de disseminação do saber, com qualidade.

Nossa Instituição tem produzido nos últimos tempos excelentes veículos de divulgação do Direito, como o MPMG Jurídico e a Revista De Jure. Cada uma dessas publicações tem conquistado o seu espaço e o seu público cativo. Tanto que recebemos, de todo o Brasil, elogios e pedidos para remessa dos periódicos a fim de passarem a compor o acervo de importantes centros acadêmicos, de bibliotecas de juristas conceituados e, especialmente, de nossos servidores e membros.

Essa, pois, tem sido uma das bases da filosofia de sucesso do nosso Ministério Público: compartilhar conhecimento para agregar bons resultados; fortalecer o indivíduo para o crescimento de toda a obra. Enfim, como é necessário conhecer, para poder avançar sempre, essa tem sido a prioridade desses tempos de grande transformação do Direito.

Vamos em frente! Um forte abraço a cada um de vocês!

## II APRESENTAÇÃO

**Jacson Rafael Campomizzi**

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

O *MPMG Jurídico* sempre se orgulhou da vocação que o trouxe à luz: a pluralidade de idéias. Nesse propósito, a revista busca continuamente a proliferação democrática das mais variadas opiniões. E são elas que permeiam estas páginas.

Amplifica-se o compromisso com uma produção editorial diversificada, calcada nas mais distintas concepções argumentativas. Esse embate de idéias poderá ser apreciado nas abordagens, ora com ênfase no viés social dos despossuídos, como no artigo de autoria de Márcia Martini, ora na perspectiva dos cidadãos, assustados com a escalada da violência urbana, o que foi trazido à tona pelo Promotor de Justiça Flávio Reis Mello.

A entrevista desta edição também se destaca pela polêmica, mas não é a contestação pela contestação. O Promotor de Justiça paranaense Robertson Azevedo manifesta-se como grande conhecedor da política de redução de danos aos usuários de drogas. Não há ficar impassível perante os seus pontos de vista.

A matéria de capa tem presença ilustre. Teresa Arruda Alvim Wambier apresenta um cuidadoso estudo sobre a Súmula Vinculante do STF e elucida inúmeras questões sobre a sua efetiva aplicação. Para aqueles que ainda entendem as súmulas vinculantes como um engessamento do direito à ação convém interagir com a doutrinadora nesta matéria.

Como não poderia ser diferente, há textos corajosos que falam da atuação do Ministério Público tanto na esfera judicial como na extrajudicial e preventiva. Emerson Garcia nos conta sobre a experiência europeia, o Professor Damásio de Jesus discute os poderes investigatórios do *Parquet* no Brasil.

Outro ponto positivo desta edição do *MPMG Jurídico* é a abertura que se deu aos acadêmicos de Direito. Todos conhecem bem a falta de oportunidade na divulgação das idéias quando se está estudando. A seção: *Com a palavra, o universitário* procura dar vazão aos projetos dos estudantes universitários. Pode ser uma boa iniciativa para a expressão da ideologia que, nessa fase dos estudos, costuma ser efervescente.

Enfim, a leitura deste *MPMG Jurídico* é um convite à reflexão. E que seja também uma reverberação dos diferentes matizes que nele se desenham.

Boa leitura e um forte abraço a todos!

### III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

Prezados (as) Senhores (as),

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

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

Como sempre lembramos, os textos devem ser redigidos de forma clara, pontual, direta e de fácil compreensão, bem como digitados no formato *Word for Windows* — versão mais atual — com, no máximo, 60 (sessenta) linhas; fonte *Times New Roman*; corpo 10 para o texto principal, corpo 9 para as citações que possuam mais de três linhas, as quais deverão vir destacadas do texto; entrelinhamento simples; parágrafos justificados; recuo de 1,00 para o texto principal e 1,50 cm para as citações; folha em tamanho A-4 (210 mm x 297 mm); títulos em corpo 12, utilizando-se da mesma fonte do texto, em negrito, e, por fim, indicação da fonte bibliográfica completa em caso de citação em formato de “Notas e referências bibliográficas” como nota de rodapé, onde se utilizará fonte *Times New Roman*; corpo 8.

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

Os textos deverão ser enviados, preferencialmente, para o e-mail [mpmgjuridico@mp.mg.gov.br](mailto:mpmgjuridico@mp.mg.gov.br), ou para o Conselho Editorial do *MPMG Jurídico* — Av. Álvares Cabral, nº 1.740, 1º andar, Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30.170-916, Belo Horizonte (MG).

Aguardamos a sua colaboração.

Atenciosamente,

Conselho Editorial do CEF

*Procurador de Justiça João Cancio de Mello Junior*  
*Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho*  
*Promotor de Justiça Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes*  
*Procurador de Justiça João Cancio de Mello Junior*  
*Promotor de Justiça Lélío Braga Calhau*  
*Promotor de Justiça Marcelo Cunha de Araújo*  
*Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda*  
*Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida*

Conselheiros Convidados

*Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)*  
*Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Espanha)*  
*Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)*  
*Prof. Antônio Gidi (Houston University, USA)*  
*Prof. Nelson Nery Junior (USP)*  
*Profª. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (UFMG)*  
*Prof. Rosemiro Pereira Leal (PUC/MG)*  
*Prof. Nilo Batista (UERJ)*  
*Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Sub-Procurador-Geral da República, UERJ)*  
*Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna)*  
*Profª. Maria Garcia (PUC/SP)*  
*Promotor de Justiça Robson Renault Godinho (Estado do Rio de Janeiro)*  
*Promotor de Justiça Emerson Garcia (Estado do Rio de Janeiro)*

Envio de artigos e outras informações:

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

## 1. MATÉRIA DE CAPA

### 1.1 Súmula Vinculante



Teresa Arruda  
Alvim Wambier

#### a) Noções gerais

A doutrina comenta que em todas as épocas históricas o precedente judicial desempenhou papel relevante, inclusive no direito canônico.<sup>2</sup>

Já se notava efetivamente, no sistema, uma tendência a que se adotasse a figura da Súmula Vinculante, pois na própria lei já havia indícios de ser esta a vontade da comunidade. Vejam-se, por exemplo, os arts. 557 e 555, § 1º, do CPC.

A adoção da súmula vinculante, com a Emenda Constitucional 45/2004 (cf. art. 103-A da Constituição Federal), portanto, não significou um *salto histórico* no direito brasileiro. Ao contrário, pois, conforme observou Barbosa Moreira, com seu senso de humor único, ao comentar a alteração do art. 557 pela Lei 9.756/1998:

Emenda Constitucional para estabelecer que as súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?!). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda cons-

#### Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>1</sup>

*Livre-docente, Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado na PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, tesoureira. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e de São Paulo. Membro do Instituto dos Advogados do Estado do Paraná e do Estado de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Membro de Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Advogada*

titucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite...<sup>3</sup>

Mesmo nos países da Europa Continental, a transcendência dos precedentes vem sendo observada. Diz-se que a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade; garante a igualdade dos jurisdicionados; evidencia a submissão moral de respeito à sabedoria acumulada pela experiência e constrói uma presunção em prol do acerto do precedente.<sup>4</sup>

No discurso jurídico, é relevante que se diga que tem o ônus de justificar aquele que pretende que o precedente não seja seguido, pois o natural é que seja respeitado.

A força *persuasiva* de que é dotada a súmula,<sup>5</sup> o que, em nosso sentir, se confunde saudavelmente com a consciência da inexorabilidade de que a questão seja afinal decidida em conformidade com o entendimento dos tribunais superiores, que têm o condão de gerar condutas e decisões judiciais (de 1º e 2º grau de jurisdição) já de acordo com o que se sabe será a decisão do STJ ou do STF.

A conveniência da adoção do sistema da súmula vinculante em nosso País sempre dividiu a comunidade jurídica, e a circunstância de a Emenda Constitucional 45/2004 tê-la inserido no direito brasileiro (CF, art. 103-A) não eliminou a intensa controvérsia existente a respeito.<sup>6</sup> Parece impossível, todavia,

<sup>1</sup> A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier é autora das seguintes obras: Mandado de Segurança, Medida Cautelar e Ato Judicial; Os Agravos no CPC Brasileiro; Nulidades do Processo e da Sentença – na 6ª Edição; Controle das Decisões judiciais por meio de recurso de estrito direito e de ação rescisória; Breves comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil – na 3ª Edição (inclui comentários à Reforma do Judiciário); Breves comentários a nova sistemática processual civil – 3; O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização; Omissão Judicial e embargos de declaração.

<sup>2</sup> Ver, por todos, José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, *passim*.

<sup>3</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Algumas inovações da Lei 9.756, em matéria de recursos cíveis In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. (Coords.) Teresa Arruda Alvim Wambier; Nelson Nery Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>4</sup> José Rogério Cruz e Tucci, *ob. cit.*, IX, p. 296 e 297.

<sup>5</sup> Observa, com razão, Rodolfo de Camargo Mancuso: “Mesmo sem a conotação de ser *vinculativa*, a jurisprudência – mormente em suas formas superlativas – *dominante ou sumulada* – nunca deixou de exercer uma inegável *força persuasiva* dentre nós, ora atuando como convincente reforço de argumento, assim nas peças processuais oferecidas por advogados e Promotores de Justiça, como também na fundamentação das sentenças e acórdãos”. (Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In: *Reforma do Judiciário primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. (Coords.) Teresa Arruda Alvim Wambier; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Junior; Octavio Campos Fischer; William Santos Ferreira. São Paulo: RT, 2005. p. 685-719, especialmente p. 688).

<sup>6</sup> Fábio Cardoso Machado, por exemplo, manifesta com veemência sua posição inteiramente contrária à adoção da súmula vinculante. Diz: “Para quem conhece, mesmo superficialmente, a história destas tentativas de controle e de uniformização da jurisprudência, fica patente a ingenuidade daqueles que crêm nas chances de êxito da retomada da empreitada. Mas como no Brasil de hoje recusamos procurar na história orientações seguras para nossos projetos futuros, trabalhos como este tornam-se lamentavelmente necessários. Nem que seja para lembrar dos históricos fracassos que prenunciam o iminente fracasso de alguns dos nossos atuais projetos. É de se duvidar, por óbvio, que os atuais integrantes da cúpula do Executivo desconheçam a organização política dos regimes socialistas, e que ignorem a função neles desempenhada pelos órgãos superiores de jurisdição. Não surpreende, assim, que o Executivo tenha insistido na adoção da súmula vinculante para garantir a estrita e incondicional submissão dos órgãos jurisdicionados às decisões do Supremo Tribunal Federal. Afinal esta é a única Corte brasileira integralmente composta pelos magistrados indicados pelo Presidente da República. Mesmo concedendo que este mecanismo de composição seja adequado, a facilidade com que admitimos o propósito de controle burocrático das decisões judiciais escancara a fragilidade da democracia brasileira e denuncia a vocação autoritária de quem, consciente das objeções de que é passível, defende a súmula vinculante”. (Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sociocultural e político-jurídica. In: *A Reforma do Poder Judiciário*. (Coords.) Fábio Cardoso Machado; Rafael Bicca Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 244-274, especialmente p. 272 e 273).

à questão no sentido de ser positiva (vantajosa) a adoção desse sistema responder pura e simplesmente, de modo lacônico, sim ou não.<sup>7</sup>

Está-se, aqui, diante de tema polêmico.<sup>8</sup> Apesar de nos parecer que soluções radicais – fruto de “paixões” – nesse terreno não seriam apropriadas, o fato é que a grande maioria dos autores se posiciona categoricamente ou contra ou a favor da adoção desse sistema.<sup>9</sup>

Dois argumentos centrais sustentam a tese da inconveniência da adoção da súmula vinculante: diz-se que adotar a súmula vinculante feriria a regra da separação de poderes, base dos Estados de Direito modernos, já que o Poder Judiciário seria autor de ato normativo geral, função esta que cabe ao Poder Legislativo. Diz-se também que, no sistema brasileiro, o juiz só pode decidir com base na lei, que representa a vontade geral.

Djanira Maria Radamés de Sá afirma que somente onde haja separação de poderes é que “podem ser afastados o despotismo, a desigualdade, a injustiça e a lesão às liberdades individuais”.<sup>10</sup>

Em nosso sentir, todavia, a separação de poderes pode existir, sem ser absoluta. De fato, seu formato definitivo depende de como venha a ser prevista pelo sistema jurídico positivo de um país e não deve necessariamente ter as feições que tinha quando concebida pelos filósofos cujas idéias estavam por trás do movimento revolucionário na França, notadamente pelas

idéias de Montesquieu.

Não nos parece, portanto, que a separação de poderes passe a deixar de existir ou fique comprometida com a adoção da súmula vinculante. Assim como não se pode dizer terem deixado de existir os princípios da isonomia e da legalidade em função da circunstância de o sistema atual *tolerar* haver decisões totalmente diferentes para situações fáticas absolutamente idênticas.

Ademais é necessário ter em vista que o juiz, quando decide com base na súmula vinculante, decide com apoio *na lei* em sua interpretação “oficial” (= tida como correta no sistema).<sup>11</sup>

O Brasil hoje tem, em vários pontos, um sistema misto, de inspiração romano-germânica e anglo-saxônica. Isso já ocorre em outros pontos, em que as inovações introduzidas pelas reformas se inspiram no sistema norte-americano, afastando-se do nosso modelo originário, por exemplo, no que tange às *class actions* ou mesmo no que diz respeito à introdução do art. 461 no CPC, relativo às ações cujo objetivo é dar cumprimento às obrigações de fazer e de não fazer, também fortemente inspirado nas *astreintes* do direito francês.

Em conformidade com o que assevera Djanira Maria Radamés de Sá, “atribuir efeito vinculante às súmulas editadas pelos tribunais brasileiros equivale, então, a renegar o modelo sobre o qual se assenta a ordem jurídica nacional”.<sup>12</sup> A nossa discordância da autora diz apenas respeito a que não consideramos que a adoção do regime das súmulas vinculantes seja, só

<sup>7</sup> Castanheira Neves aborda esta dicotomia como sendo a base da opção, pelos assentos, do direito português. Alude à *independência decisória e (ou) à igualdade das decisões*. Ou seja, menciona especificamente o problema da liberdade do juiz contraposta à necessidade de uniformização da jurisprudência. Diz que os assentos foram concebidos para *rigoroso cumprimento do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, garantida pela uniformidade da jurisprudência*. De vários fundamentos trata Castanheira Neves, citando Alberto dos Reis: “Seriam, os assentos, a única garantia contra a exorbitância do poder judicial” (*O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, 1983, p. 98).

<sup>8</sup> Remetemos o leitor às lúcidas observações e conclusões a respeito das vantagens e das desvantagens da adoção do sistema da súmula vinculante feitas por Marcelo Alves Dias de Souza em primoroso trabalho, *Do precedente Judicial à Súmula Vinculante*, Curitiba: Juruá, 2006, item 13, Reflexões Críticas e Conclusões, p. 281 a 320.

<sup>9</sup> Dá-nos notícia Rafael Bicca Machado que, em sua maioria, juízes de primeiro grau não apóiam a Súmula Vinculante: “Não é à toa, portanto, que a adoção das súmulas vinculantes tenha sido mais bem recebida nos Tribunais Superiores (em especial STF e STJ – os quais, em certa medida, inclusive comandaram o processo de sua aprovação no Congresso Nacional) ao passo que os juízes de primeira e de segunda instância são, em sua maioria, contrários à medida, como demonstra a pesquisa de Castelar Pinheiro (Armando Castelar Pinheiro. *Judiciário, Reforma e Economia: A visão dos magistrados*, disponível em [www.febraban.org.br/arquivo/destaque/armando\\_castelar\\_pinheiro2.pdf](http://www.febraban.org.br/arquivo/destaque/armando_castelar_pinheiro2.pdf), acesso em 26/07/2005)”.

“Dizem os magistrados, especialmente os de primeira instância, que são eles os elos com a sociedade, aqueles que têm de diariamente lidar com as demandas e pretensões daqueles que buscam o Poder Judiciário para a resolução de seus conflitos. Afirmam que este contato com o tecido social é fundamental para o encontrar das melhores soluções, e que este é praticamente inexistente nas instâncias superiores, restritas ao ambiente quase asséptico de seus gabinetes em Brasília”. (As súmulas vinculantes e a sociologia das organizações em defesa da interdisciplinaridade. In: *A Reforma do Poder Judiciário*. (Coords.) Fábio Cardoso Machado; Rafael Bicca Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 514-527, especialmente p. 522 e 523).

<sup>10</sup> Súmula vinculante, análise crítica de sua adoção, coleção *Acesso à justiça*, vol. 2, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 109.

<sup>11</sup> Calmon de Passos, todavia, entende (e com razão!) que mesmo antes da adoção da súmula vinculante pelo direito positivo a jurisprudência dos tribunais superiores já vincula. Diz ele, em magnífico texto:

“Coisa bem diversa ocorre, a meu ver, quando se trata de decisão tomada pelo tribunal superior em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos. O tribunal se impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente as coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, *sob pena de retirar-se dos tribunais superiores justamente a função que os justifica*. Pouco importa o nome de que elas se revistam – súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for, obrigam. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firmam um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.

(...)

Talvez só porque, infelizmente, no Brasil pós-1988 se adquiriu a urticária do ‘autonomismo’, e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles jovem, inteligente, vibrante me interpelou: Professor Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? Respondi-lhe, na oportunidade, o que aqui consigno. Esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?” (*Revista do Tribunal Regional da 1.ª Região*, vol. 9, n. 1, jan.-mar./1997, p. 163 a 176; destaques nossos).

<sup>12</sup> Djanira Maria Radamés de Sá, *op. cit.*, p. 113.

por isso, indesejável.

Parece-nos, portanto, inteiramente superável esta segunda dificuldade.

Costuma-se criticar o sistema da súmula vinculante, dizendo-se que ele enseja o engessamento da jurisprudência, o que levaria à indesejável imobilidade do direito.

Estivessem, os que assim pensam, com a razão, o direito inglês seria o mesmo do século XIII!<sup>13</sup>

Sempre nos pareceu, apesar dos prós e dos contras, conveniente a adoção do sistema de súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida vantajosa, já que, se, de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do Poder Judiciário,<sup>14</sup> de outro lado, e principalmente, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança<sup>15</sup> e previsibilidade.<sup>16</sup>

## b) Súmula vinculante e princípio da isonomia

Aspecto dos sistemas jurídicos que sempre preocupou os estudiosos foi a insegurança que gera nos jurisdicionados o fato de pessoas em *situações absolutamente idênticas* sofrerem efeitos de *decisões completamente diferentes*.<sup>17</sup>

Ao que parece, todavia, o *princípio da legalidade* e o da *isonomia*, verdadeiros pilares da civilização moderna, levam a que se considerem adequadas soluções que tendam a evitar que ocorram estas discrepâncias. É a necessidade de uniformizar a jurisprudência. Um destes “métodos” é o da extensão ampla, que se empresta à eficácia da sentença e à respectiva coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu*. Outro, a possibilidade de o Poder Legislativo suspender a eficácia de determinado texto legal, tido como inconstitucional *incidenter tantum*. O mesmo se diga quanto às súmulas vinculantes.

Estabelece o art. 5.º, II, da CF: “Ninguém será obrigado

<sup>13</sup> “Em primeiro lugar, percebe-se que o simples fato de se ter um mecanismo coativo de garantir o cumprimento de precedentes judiciais de cortes superiores não engessa necessariamente o sistema jurídico. Se isso fosse verdade, o direito inglês seria o mesmo do século XIII. Em realidade, existem mecanismos de flexibilização, como a definição da *ratio decidendi*, da regra da distinção” (Luciano Benetti Timm e Eduardo Jobim. *A Súmula Vinculante À luz do Direito Inglês: quebrando mitos e lançando luzes sobre um novo paradigma na redação e na estruturação das súmulas do STF*. In: *A Reforma do Poder Judiciário*. Fábio Cardoso Machado; Rafael Bicca Machado (Coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.452-462, especialmente p. 461).

<sup>14</sup> Ovidio Batista da Silva manifesta-se contrariamente à adoção da Súmula Vinculante: “Depois de este breve ensaio estar pela primeira vez publicado, a Emenda Constitucional nº 45 incorporou ao nosso sistema processual a súmula vinculante, que, segundo se diz, teria vindo com a finalidade de estancar as demandas repetitivas que sufocam os tribunais superiores, obrigados a decidir, milhares de vezes, a mesma lide. Como antes dissemos, este mal poderia ser eliminado, a nosso ver, por meio de outros instrumentos, não através de súmulas vinculantes, instrumento cujo anacronismo é de uma evidência palpável. Além disso, do modo como ficou concebido o sistema, no que respeita à sua consagração, é de temer que o Supremo Tribunal Federal acabe não tendo o ensejo de revogá-las, porque os pleitos em que a matéria sumulada venha a ser questionada dificilmente terão oportunidade de subir à Suprema Corte” (A função dos Tribunais Superiores. In: *A Reforma do Poder Judiciário*. Fábio Cardoso Machado; Rafael Bicca Machado (Coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 464-483, especialmente p. 483).

<sup>15</sup> “No método de controle ‘difuso’ de constitucionalidade – no denominado método ‘americano’, em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns países, ou seja, na Noruega, Dinamarca, Suécia, Suíça, e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália – a introdução deste método ‘difuso’ de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do *stare decisis*. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método ‘americano’ de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário, que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros ‘contrastes de tendências’ entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa –, ou entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens e, portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, julgar válidas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália, no período de 1948-1956, e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão. *A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado*” (Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 76-78).

<sup>16</sup> Notícias de jornal às quais se dá relevo fazem saber à população posição dos tribunais superiores sobre diversos assuntos. Selecionamos alguns exemplos recentes, publicados no jornal *Folha de São Paulo*:

“Assinatura de tele é legal, decide STJ – Julgamento deve servir de referência para futuras decisões sobre contestações semelhantes de cobrança de taxa. [...] Esse foi o primeiro julgamento do STJ sobre o tema. Ao definir a posição do tribunal, esse caso servirá de referência para as decisões futuras em processos semelhantes. Com base nele, a situação dos usuários de telefonia fixa não muda. Eles continuam obrigados a pagar a assinatura básica” (notícia publicada em 25.10.2007, no caderno Dinheiro);

“Centros de compras são responsáveis - Decisões recentes do STJ [...] determinaram que shoppings e hipermercados são responsáveis pela prestação de segurança aos bens e à integridade física de seus consumidores. O julgamento baseia-se no entendimento de que as pessoas vão a esses lugares atraídas justamente pela sensação de segurança. Mas os lojistas também devem tomar precauções, dizem especialistas: a segurança do shopping não irá monitorar sempre sua loja” (notícia publicada em 25.11.2007, no caderno Negócios);

“STJ condena plano a dar reembolso apesar de carência - O STJ (Superior Tribunal de Justiça) condenou um plano de saúde de São Paulo, formado por associação de médicos, a reembolsar a família de uma segurada em R\$ 5.700 por despesas para tratamento urgente de doença grave, antes do fim da carência” (notícia publicada em 11.12.2007 no caderno Cotidiano).

O destaque dado pelos jornais a estas notícias demonstra de modo inequívoco que uma das funções sociais do direito tem de ser gerar *segurança*, no sentido de proporcionar aos jurisdicionados a possibilidade de *prever* o que deva ocorrer. Assim, a posição dos tribunais superiores *já é levada em conta* pelo *homo medius* para pautar sua conduta, contando com as respectivas consequências.

Mencionamos no item 2.6 deste ensaio que o afastamento da regra do *pacta sunt servanda* em alguns casos tem sido uma das características do direito contemporâneo, em que, por convenção, tem-se dado menos relevância ao valor *segurança* no sentido de manutenção do *status quo*. Não, todavia, no sentido de *previsibilidade*: a publicação de notícias como as acima citadas é sintoma deste fenômeno. É como se a sociedade dissesse: sabemos que vão mudar as regras, que estão mudando, mas queremos saber então como vai ficar (qual a solução normativa que será considerada adequada).

<sup>17</sup> A esse respeito observa Alfredo Buzaid: “Na verdade, não repugna ao jurista que os tribunais, num louvável esforço de adaptação, sujeitem a mesma regra jurídica a entendimento diverso, desde que se alterem as condições econômicas, políticas e sociais; mas repugna-lhe que sobre a mesma regra jurídica dêem os tribunais interpretação diversa e até contraditória, quando as condições em que ela foi editada continuam as mesmas. O dissídio resultante de tal exegese debilita a autoridade do Poder Judiciário, ao mesmo passo que causa profunda decepção às partes que postulam perante os tribunais” (Uniformização de jurisprudência, *Ajuris*, n. 34, p. 192, jul. 1985).

a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se da formulação, adotada pelo legislador constituinte brasileiro, para o princípio da legalidade.

O princípio da isonomia se encontra no *caput* do mesmo art. 5.º, acima citado, e está nos seguintes termos formulado: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

Elencamos, propositadamente, os princípios da legalidade e da isonomia nesta ordem.<sup>18</sup>

Importante observar que o direito à igualdade está entre os direitos invioláveis, no art. 5.º da Constituição Federal.<sup>19</sup> Trata-se de princípio umbilicalmente ligado ao Estado de Direito e ao regime democrático e tem estado presente nas preocupações dos povos ocidentais desde a Revolução Francesa.<sup>20</sup>

O fato de o sistema “tolerar” decisões diferentes acerca de situações absolutamente idênticas não significa que este fenômeno seja desejável. O mesmo se há de dizer quanto à tolerância a respeito de entendimentos diferentes que se possam ter sobre o sentido de um texto legal. Sempre nos pareceu desejável, para os fins de se gerar dose mais elevada de previsibilidade, que certo texto de lei comporte um só entendimento, que se considere correto.<sup>21</sup>

O princípio da isonomia significa, *grosso modo*, que todos são iguais perante a lei, logo, a lei deve a todos tratar de modo

uniforme e assim também (sob pena de esvaziar-se o princípio) devem fazer os tribunais, respeitando o entendimento tido por correto e decidindo de *forma idêntica casos iguais*,<sup>22</sup> num mesmo momento histórico.

De nada adiantaria um princípio constitucional, cujo destinatário é o legislador, se o Judiciário não tivesse de seguir idêntica orientação. O princípio da isonomia recomenda que não se decida diferentemente, em face de casos iguais. Só assim será proporcionada a plena aplicabilidade do princípio da legalidade, funcionando ambos *engrenadamente*.

O sistema da súmula vinculante talvez seja um dos métodos mais eficientes para essa finalidade. O Estado de Direito pode ser visto como uma conquista dos povos civilizados, que gera segurança, previsibilidade e se constitui numa defesa contra a arbitrariedade. Deve-se, portanto, prestigiar os princípios que estão em sua base.

Evidentemente, não se pode deixar de reconhecer, por exemplo, que a sobrevivência de decisões que *dêem* aos pensionistas e aos aposentados da Previdência Social a diferença de 147%, e outras que *não reconheçam* este direito a pessoas que estão *exata e precisamente na mesma situação*, não é “sadio”, porque esbarra e arranha inevitavelmente ambos os princípios mencionados.<sup>23</sup>

A lei é uma só (necessariamente *vocacionada* para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico, e nunca dois ou mais entendimentos simultaneamente).

<sup>18</sup> Fátima Nancy Andriighi faz acertadíssima observação sobre a circunstância de ser o Judiciário um dos principais destinatários do princípio da isonomia. “Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de mecanismos visando a uniformização de decisões judiciais divergentes sobre questões jurídicas idênticas. Nesse sentido é a razão de ser (i) do recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial (cf. o art. 105, III, c, da CF); (ii) do instituto da uniformização da jurisprudência (art. 476 do CPC); (iii) dos embargos infringentes (art. 530 do CPC); (iv) dos embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário (art. 546 do CPC); (v) do pedido de uniformização da interpretação de lei federal nos Juizados Especiais Federais (art. 14 da Lei 10.259/2001); e, em breve, também do pedido de uniformização de interpretação de questões de direito material nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, se e quando aprovado o Projeto de Lei 4.723/2004”. (Primeiras Reflexões sobre o pedido de uniformização de interpretação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. In: *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. (Coords.) Luiz Fux; Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 461-467, especialmente p. 462).

Aproximadamente no mesmo sentido opina Patrícia Gomes Teixeira. Diz que “Destarte, o princípio da igualdade vincula de início o Poder Legislativo, no momento em que elabora a lei e, em seguida, o seu aplicador, seja o Poder Executivo, seja o Poder Judiciário, que exerce, ao final e substitutivamente, tal função, com grau de definitividade”.

“Aliás, a respeito da aplicação da lei pelo Poder Judiciário, aduz Cristina Zoco Zabala, citando M. Jaén Vallejo: “Cuando se trata de aplicar la norma al caso concreto, la desigualdad no se produce ne virtud del cambio de criterio dado por el juez respecto a un caso sustancialmente idéntico, sino en el apartamiento injustificado del sentido de sus decisiones. Cuando un órgano judicial resuelve apartándose inopinadamente de la legalidad dominante, o de forma diferente a como lo hizo en un caso anterior sustancialmente idéntico, se produce una violación de la igualdad en la aplicación de la norma, precisamente porque no se motivó el criterio judicial, o se hizo de modo inadecuado”.

“Daí a relevância da motivação para legitimar a atuação do juiz e para que se conheçam os parâmetros utilizados para justificar o *discrimen* no caso concreto, viabilizando inclusive o controle da decisão e sua eventual impugnação pelos meios próprios” (A uniformização da jurisprudência como forma de realização de valores constitucionais. In: *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. (Coords.) Luiz Fux; Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 733-745, especialmente p. 737).

<sup>19</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1990, v. 1, p. 26.

<sup>20</sup> Idem, p. 27.

<sup>21</sup> De fato, não há como dizer que a interpretação incorreta da lei não se constitua numa ilegalidade. Interpretação correta é aquela que predominantemente emana dos órgãos superiores. Celso Ribeiro Bastos observa que o princípio da isonomia implica que, ao aplicar a lei, deva o juiz fazê-lo *igualmente*, quando de casos *iguais* se tratar, o que acaba por fazer com que se sobreponham o princípio da isonomia e o da legalidade, perdendo aquele, em casos assim, todo e qualquer conteúdo próprio. Somente se aplicando *isonomicamente* a lei a *casos iguais* é que se estará, *realmente*, respeitando o princípio da *legalidade* (Celso R. Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 8-9).

<sup>22</sup> Exatamente nesse sentido assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “o princípio da igualdade que, como se viu, se impõe ao próprio legislador, a *fortiori* obriga o Judiciário e a Administração na aplicação que dão à lei”. Observa em seguida que “a igualdade perante a lei não exclui a desigualdade de tratamento indispensável em face da particularidade de situações”. No caso em tela não existe particularidade alguma a justificar a permanência da disparidade de interpretações (*Comentários... cit.*, p. 27).

<sup>23</sup> Em consonância com o entendimento no sentido de que há mesmo casos em que a variabilidade de sentidos de decisões judiciais, de molde a demonstrar existência de conflito quanto à interpretação de determinadas normas, é absolutamente nefasta, desde que já haja posição dos tribunais superiores a respeito, está a tendência de se atribuir um outro sentido à expressão *fumus boni iuris*, ou melhor, ao fenômeno que justificaria a concessão de efeito suspensivo pelo próprio juiz a recurso interposto contra decisão que ele mesmo tenha proferido. Tem-se sustentado ao longo deste ensaio a necessidade de que a opinião pacificada do STJ e do STF acerca de certa matéria deva orientar os demais tribunais do País. Pode-se, por isso, conceber que o magistrado decida conforme a sua convicção, mas, na certeza de que sua decisão não prevalecerá, conceda efeito suspensivo a recurso interposto contra sua própria decisão, para evitar ocorrência de dano de difícil reparabilidade. O recomendável, todavia, seria que o próprio magistrado já decidisse naquele sentido.

te válidos...). Todavia, no plano dos fatos, decisões podem ser diferentes, porque os tribunais podem decidir diferentemente. William Santos Ferreira comenta com acerto que é muito preocupante o sentimento do jurisdicionado de ter sido atingido negativamente por uma decisão judicial e verifica que, em hipótese idêntica, outro não o foi.<sup>24</sup> É comum haver duas ou mais decisões, completamente diferentes, a respeito do mesmo (mesmíssimo!) texto, aplicáveis a casos concretos idênticos.

Sidnei Agostinho Beneti, em artigo publicado recentemente, acentua que a dispersão jurisprudencial alimenta os grandes números, e estes, por sua vez, acentuam a dispersão.

Decide-se, muitas vezes, a *mesma questão de modos diferentes* até que se consolide uma única orientação nos tribunais superiores. A dispersão de julgados “tonteia” juízes de primeiro grau, partes e advogados.

Essa dispersão gera uma instabilidade que compromete o equilíbrio da economia do País. E o Judiciário é mais vítima do que autor desta situação.<sup>25</sup> Isso gera insegurança nos jurisdicionados e descrédito do Poder Judiciário. É, portanto, inteiramente nefasto do ponto de vista jurídico.<sup>26</sup>

Isso ocorre com bastante freqüência, mesmo quando não se trata de leis cuja interpretação possa legitimamente variar ao longo do tempo, em função de alterações no plano sociológico. De fato, por vezes ocorre este fenômeno. A variação quanto à interpretação da lei que se entenda por correta, nesses casos, é saudável para o sistema e, portanto, desejável. Isso sem que se possam criticar os resultados interpretativos, tachando-os de equivocados, mesmo quando diferentes uns dos outros.

É importante ressaltar que há casos em que, efetivamente, se justifica a mudança na interpretação do texto de direito positivo, principalmente quando se trata de textos legais que contenham o que a doutrina chama de conceitos vagos ou indeterminados, cuja função, talvez principal, seja justamente a de possibilitar decisões diferentes (*e corretas* !!) ao longo do tempo, sem que haja necessidade de alterar a lei.

Nesses casos, sim, é que a sumulação significaria estag-

nação e morte da jurisprudência e comprometimento, portanto, do desenvolvimento do próprio direito. A jurisprudência é o termômetro mais sensível das oscilações sociais e não pode ser “engessada”. Isso não se aplica, porém, a questões como a do reajuste de 147% aos aposentados ou a de se saber se certo tributo pode ser (ou não ser) cobrado por ser (ou não ser) inconstitucional. Aqui, em casos assim, não se pode deixar de aplicar o princípio da *legalidade* e da *isonomia*, como antes se disse, “engrenados”.

Deve-se lembrar, outrossim, que a súmula vinculante apresenta também uma vantagem, consistente em que: “Ainda, se as partes tiverem alguma *previsibilidade* no resultado do litígio ou do processo, evitar-se-á o ajuizamento de muitas demandas ou a interposição de recursos, em razão de já saberem que, ao final, terão ou não sucesso. A súmula, nesse ponto, serviria também como vacina à multiplicação de demandas de idêntico teor”.<sup>27</sup>

Portanto, consideramos a alteração do sistema, nesse sentido, boa para os jurisdicionados – já que geraria maior segurança e previsibilidade – e boa para o Poder Judiciário – que provavelmente ficaria menos sobrecarregado, o que, como se sabe, indiretamente, representa benefício para os próprios jurisdicionados.<sup>28</sup>

Assim é que se espera que essa novidade, trazida pela Emenda Constitucional 45 e disciplinada pela Lei 11.417/2006, produza bons resultados, ligados à qualidade da prestação jurisdicional, e, como efeito colateral, acabe por gerar também o desafogamento do Supremo Tribunal Federal.

### c) A Emenda Constitucional 45/2004 e a Lei 11.417/2006

Hoje, como se disse, a súmula vinculante é direito positivo no Brasil.

A Lei 11.417/2006 disciplina alguns aspectos relativos à edição, à revisão e ao cancelamento de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o art. 103-A da Constituição Federal (inserido pela Emenda Constitucional 45/2004).

Embora haja referência, no final do *caput* do art. 103-A da

<sup>24</sup> Súmula vinculante – Solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*). In: *Reforma do Judiciário primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. (Coords.) Teresa Arruda Alvim Wambier; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Junior; Octavio Campos Fischer; William Santos Ferreira. São Paulo: RT, 2005. p. 799-823, especialmente p. 802.

<sup>25</sup> Sidnei Agostinho Beneti. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. (Coords.) Luiz Fux; Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006. p. 473-487, especialmente p. 482. Neste artigo, depois de lúcidas observações sobre a realidade brasileira, faz interessantes sugestões para resolver alguns problemas, como, por exemplo, a criação de uma espécie de *fast track* de relevância.

<sup>26</sup> “Exemplo elucidativo deu-se num caso em que o STF entendeu auto-aplicáveis os §§ 5.º e 6.º do art. 201 da CF, que dispõem sobre benefícios previdenciários. A espécie é assim referida pelo advogado Saulo Ramos: ‘O TRF da 5.ª Região considerou o STF errado na interpretação da Constituição Federal e, à falta de lei de concreção, continuou a negar esses direitos fundamentais, embora mínimos na expressão econômica, para os aposentados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, enquanto todos os demais brasileiros, na mesma situação jurídica, passaram a tê-los respeitados no resto do território nacional’. Parece evidente que para casos como esses as técnicas voltadas à fixação de um julgado paradigma – como são as súmulas obrigatórias, os enunciados normativos – teriam indiscutível utilidade, até porque nas demandas dessa natureza os elementos considerados apresentam *unidade conceitual*, não se alterando em função de tempo e espaço (v.g., ‘aposentado’, ‘provento’, ‘benefício previdenciário’), de modo que a proliferação de respostas judiciárias qualitativamente discrepantes, além de trazer desprestígio ao Judiciário, acaba promovendo deplorável injustiça, tratando desigualmente os iguais. No ponto, posiciona-se Paulo Roberto de Gouvêa Medina: ‘O problema se coloca, especialmente, em face de certos atos emanados do Estado, que lesam, a um só tempo, direitos de uma multiplicidade de cidadãos e em virtude dos quais tendem a reproduzir-se em grande escala, perante órgãos distintos do Judiciário, ações com assemelhadas características, em que a *causa pretendi* remota é a mesma e o objeto de igual natureza, só variando, a rigor, as partes, num dos pólos da relação processual’. Adiante, prossegue: ‘A ocorrência de julgamentos díspares em tais ações é mais chocante e, em vista das repercussões que provocam na opinião pública, causam, em geral, perplexidade, chegando a comprometer a confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário’” (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência jurisprudencial...* cit., p. 111-112).

<sup>27</sup> Sérgio Seiji Shimura. Súmula vinculante. In: *Reforma do Judiciário primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. (Coords.) Teresa Arruda Alvim Wambier; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Junior; Octavio Campos Fischer; William Santos Ferreira. São Paulo: RT, 2005. p. 760-766, especialmente p. 762.

<sup>28</sup> Carlos Mário Velloso apresenta dados estupefacentes sobre a evidente insuficiência de juízes brasileiros em relação à população do país e menciona também a *explosão de processos*, trazendo números inquietantes, que demonstram que, a cada ano, cresce o resíduo de processos. “O Poder Judiciário não consegue julgar os processos, pelo que é transferido, para o ano seguinte, um número cada vez maior de processos” (Carlos Mário Velloso, *Problemas e soluções na prestação da justiça*, *Temas de Direito Público*, 1. ed., 2.ª tir., Belo Horizonte, Del Rey, p. 57 e §§).

Constituição Federal, a algo que deveria ser definido “na forma estabelecida em lei”, a lei que poderia dispor sobre a súmula vinculante pouco ou nada poderia ter acrescentado ao dispositivo constitucional em questão, a fim de atribuir-lhe eficácia. É que a referida norma constitucional já continha todos os elementos necessários à sua efetivação, pois:

1. O que poderá ser objeto de súmula vinculante já foi regulado de modo minudente pelo dispositivo constitucional (cf. art. 103-A, *caput* e § 1.º, da Constituição), nada podendo lhe ser acrescentado ou retirado;

2. O art. 103-A, § 2.º, da Constituição define, com precisão, quem tem legitimidade para provocar a deliberação sobre a criação de súmula vinculante, “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei”. Ou seja, *além* das pessoas referidas, outras poderão sugerir a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula, desde que surja lei nesse sentido. A legitimidade das pessoas referidas, no entanto, decorre da disposição constitucional e não de futura lei.

Além disso, de acordo com o *caput* do art. 103-A da Constituição, o incidente pode ocorrer *de ofício*, isto é, independentemente de provocação das pessoas referidas no § 2.º.

3. A norma constitucional regula, com precisão, quem tem competência para decidir a respeito da criação, revisão ou cancelamento da súmula: o STF poderá fazê-lo “mediante decisão de dois terços dos seus membros” (art. 103-A, *caput*).

4. Enfim, o § 3.º do art. 103-A resolve até mesmo o modo através do qual se pode impugnar a decisão que não acata a súmula vinculante. Trata-se da reclamação, dirigida ao STF, que, se julgá-la procedente, “anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Constata-se, assim, que a norma infraconstitucional não poderia – como de fato não o fez – regular diversamente aquilo que a norma constitucional já fixou com precisão.

*Apenas quanto àquilo que não foi regulado de modo exauriente pela norma constitucional é que poderia haver, efetivamente, a atuação do legislador ordinário.* Foi o que ocorreu, por exemplo, com o art. 3.º da Lei 11.417/2006, que permite que, além daqueles que podem propor ação declaratória de inconstitucionalidade (referidos no art. 103 da Constituição), também “o Defensor Público-Geral da União” (inc. VI) e os Tribunais (inc. XI) podem propor a edição, cancelamento ou revisão de súmula vinculante.

#### d) Objeto da súmula vinculante

A súmula vinculante “terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” e apenas

será oportuna e adequada quando houver reiteradas decisões<sup>29</sup> em determinado sentido e em relação a tais normas houver “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1.º, da Constituição).

A primeira observação que cumpre seja feita é a de que, embora o art. 2.º desta Lei aluda a matéria constitucional, assim como faz o art. 103-A da Constituição Federal, talvez tenha querido o legislador dizer mais do que disse, já que as súmulas podem versar matéria constitucional, *no sentido amplo*. De fato, a súmula pode versar sobre matéria infraconstitucional e dispor, por exemplo, sobre a compatibilidade do texto da lei, ou de determinada interpretação, com a Constituição Federal. E o objeto da súmula não será propriamente matéria constitucional.

O art. 5.º chama atenção para um aspecto que entendemos relevante, e que confirma o que dissemos no parágrafo anterior: revogada ou alterada a lei em que se fundou a súmula vinculante, poderá o STF, de ofício ou por provocação, rever ou cancelar a súmula.

Esse dispositivo nos leva a afirmar que, de acordo com a lei, as matérias sobre as quais deverão versar as súmulas vinculantes não são constitucionais, no sentido estrito. São, em conformidade com o art. 103-A da Constituição Federal, matérias constitucionais em sentido amplo. A súmula vinculante do STF poderá, sim, abranger a lei, dizendo respeito, por exemplo, a como deva ser entendida ou interpretada para que seja compatível com a Constituição Federal. De fato, esse é um tipo de ofensa à Constituição (que se faz por meio de decisão que aplica lei inconstitucional) objeto de recurso extraordinário, e, por conseguinte, satisfeitos os demais requisitos, pode dar origem a uma súmula vinculante.

A propósito, das três primeiras súmulas vinculantes criadas, duas delas dizem respeito à observância de garantias constitucionais,<sup>30</sup> enquanto uma refere-se à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou distrital.<sup>31</sup>

São vários os aspectos a serem considerados, quanto à edição de uma súmula vinculante. Os cuidados vão desde saber exatamente *o que pode ser sumulado* (e este nos parece ser o principal problema), indo até *como se redigir uma súmula*.

Em primeiro lugar, é necessário que se mencione que nem tudo pode ser objeto de súmula, mas exclusivamente *teses jurídicas*.

Ousamos, correndo o risco de imprecisão, definir tese jurídica como sendo uma *verdade jurídica, que não deixa de sê-lo em virtude de especificidades dos casos concretos que lhe*

<sup>29</sup> “Como se exigem decisões reiteradas, não poderá haver súmula vinculante para *prevenir* controvérsia”, observa com razão Gustavo Santana Nogueira (Das súmulas vinculantes – uma primeira análise. In: *Reforma do Judiciário primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Junior, Octavio Campos Fischer, William Santos Ferreira (Coords.). São Paulo: RT, 2005. p. 269-282, especialmente p. 272), nos moldes do instituto processual denominado afetação ou deslocamento de competência, previsto no art. 555 § 1.º do CPC. Este incidente processual do tribunal permite que um órgão colegiado do tribunal, a 1.ª Turma do STF, por exemplo, desloque a competência para julgar um recurso extraordinário para o pleno, quando perceber que a matéria a ser discutida pode se tornar controvertida (ou já for controvertida). A afetação, ou o deslocamento da competência, serve, assim, para evitar que surja (ou se perpetue) uma controvérsia (já existente)”. Nos parêntesis, acréscimos nossos.

<sup>30</sup> Súmula vinculante n. 1: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001”; Súmula vinculante n. 3: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

<sup>31</sup> Súmula vinculante n. 2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

são subjacentes.

Evidentemente, as súmulas, uma vez com efeito vinculante, devem passar a ser elaboradas com muito mais critério e de forma a não gerar, na medida do possível, problemas interpretativos mais complexos do que gerados pela própria norma constitucional de que derivam.

Para serem consideradas questões de direito – teses jurídicas puras –, as regras que podem ser objeto de súmula devem aplicar-se a fatos cujos aspectos que têm conseqüências jurídicas possam ser resumidos em uma ou duas frases, porque não envolvem peculiaridades relevantes para sua qualificação ou para a indicação do respectivo regime jurídico.

Veja-se, por exemplo: “Locação de móveis é atividade sujeita a tributação por meio de ISS”. Nada há de relevante na situação, a não ser o fato de se tratar de *locação de móveis*. Nenhum outro aspecto deve ser verificado, nenhuma peculiaridade. Os aspectos fáticos dos casos a que se aplica a súmula são inteiramente absorvidos pela expressão “locação de móveis”.

Veja-se outro exemplo: “Os alimentos, em ação de investigação de paternidade julgada procedente, são devidos desde a citação.<sup>32</sup> Não há variáveis fáticas relevantes em “ação de investigação de paternidade julgada procedente”.

Ou ainda: “Considera-se família o conjunto de irmãos, para efeito de aplicação da Lei 8.009”.

Demonstrando lucidez extrema quanto aos *casos* que comportam ser objeto de súmula, observa a Ministra Ellen Gracie Northfleet:

Alinho-me entre os que acreditam que a maior das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a *lide jurídica é sempre a mesma*. São causas que se contam aos milhares em todo o País e que dizem respeito a matérias exaustivamente discutidas e há muito pacificadas pela jurisprudência. *Como, por exemplo, as devoluções de empréstimos compulsórios, as causas em que se busca a correção monetária dos salários de contribuição, para efeito de cálculo das aposentadorias, aquelas em que os depositantes reivindicam a aplicação de índices expurgados ao cálculo de seus saldos em cadernetas de poupança, entre inúmeras outras.*

É impossível sustentar que processos dessa natureza devam prosseguir congestionando o Judiciário e percorrendo suas diversas instâncias na sucessão, quase interminável, dos recursos colocados à disposição das partes pela legislação processual. Nenhum progresso para a ciência jurídica resultará do julgamento desses feitos. Eles nada mais são do que uma reprodução de peças padronizadas. Da petição inicial ao acórdão derradeiro, nada será acrescentado ao entendimento que já se cristalizou a respeito da matéria. *É inútil e custoso*

*manter a máquina judiciária ocupada com questões que já não oferecem relevo ou dificuldade. Mais que isso, tal atitude desvia atenção e recursos do Judiciário, os quais deveriam estar melhor aplicados nas questões que têm maior atualidade e demandam reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados.*<sup>33</sup>

É imprescindível, por outro lado, que a súmula vinculante seja menos abrangente do que a lei e *deve ser redigida de molde a gerar menos dúvidas interpretativas do que a própria lei*, principalmente quanto à sua incidência.

O processo interpretativo é equiparável a um processo de *refinamento* pelo qual passa o entendimento do sentido da norma, semelhante à transformação de areia grossa em talco. São de se rejeitar, portanto, proposições que pretendem esclarecer o sentido da norma e que são mais genéricas que a própria norma.

Se a súmula é a interpretação predominantemente dada à norma por certo tribunal, é evidente que há de ser mais específica do que a norma em si, *como o talco é mais fino com relação à areia grossa*.

Uma das formas de evitar que a súmula gere problemas de interpretação – e, portanto, de incidência – é que esta não contenha, em seu enunciado, conceitos vagos.

*Devem as súmulas vinculantes, também, dizer respeito a situações capazes de se repetir ao longo do tempo de modo absolutamente idêntico*. Em princípio, não se poderia, por exemplo, sumular tese jurídica relativa a direito de família, porque situações de família nunca são idênticas. Diferentemente ocorre no plano do direito tributário, em que um *leasing* é sempre um *leasing*, e se deve saber, com certeza, se gera, ou não, a incidência do tributo.

Veja-se, pois, que devem existir súmulas exclusivamente em relação a situações concernentemente às quais se possa privilegiar o valor da segurança. Além disso, a situações que não sofrem modificações no plano sociológico, por estarem apenas remotamente ligadas aos usos e costumes sociais ao longo do tempo e em relação às quais a lei despreza peculiaridades do caso concreto.

Em relação a essas situações, que envolvem valores passíveis de sofrer alterações na sociedade, a diversidade de decisões e a *modificação do entendimento dos tribunais*, como se observou antes, é *extremamente salutar e desejável*, com o passar do tempo, principalmente.<sup>34</sup>

Consideramos que as noções de previsibilidade e segurança são inerentes à idéia de direito. Pode-se, de fato, constatar, como já se observou, que, de algum modo, em todas as épocas históricas, por meio do direito, se procurou obter algum tipo de estabilidade. Têm variado os graus de estabilidade que se tem

<sup>32</sup> De acordo com a Súmula 277 do STJ (DJ 16.06.2003 p. 416), “julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação”.

<sup>33</sup> Ainda sobre o efeito vinculante, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33, n. 131, jul.-set. 1996, p. 133-135 – destaques nossos.

<sup>34</sup> Nesse sentido, Arruda Alvim: “Entretanto, na medida em que se entenda a lei diversamente, a própria inteligência do texto compromete a certeza do Direito. Daí a necessidade de sistemas corretivos. A diversidade de interpretações implica que um dos valores funcionais do Direito, a *certeza*, seja abalado. E, quanto mais variadas forem as correntes de pensamento a respeito de uma mesma lei, tanto mais seriamente ficará despida de certeza aquela lei, e, conseqüentemente, nessa escala essa circunstância contribui para que o direito não tenha o grau de *certeza* desejável, pois que, como se sabe, a linguagem do direito é a lei. Assim, é igualmente de todos os tempos a preocupação dos sistemas jurídicos em encontrar técnicas conducentes a se conseguir, o quanto isto seja possível, um só entendimento a respeito de um mesmo texto de lei. *Pode-se dizer que a lei é vocacionada a ter um só entendimento, dentro de uma mesma situação histórica. A diversidade de entendimentos, na mesma conjuntura histórica, compromete o valor da certeza (do Direito)*. Aliás, tais técnicas correspondem ao mais comedido princípio de filosofia, ou mesmo de bom senso: uma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo e sob as mesmas condições. Quer dizer: a lei não poderá ter sentidos diversos, num mesmo momento histórico. Ademais, o problema ora considerado tem como pressuposto fundamental a *diversidade*, num mesmo instante, a qual diversidade reclama a volta à uniformidade” (O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens, *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 1998, p. 33).

pretendido obter e as técnicas jurídicas pelas quais se tem pretendido sejam estes níveis alcançados.

A adoção do sistema da súmula vinculante, nesse contexto, pode ser vista como uma das técnicas que tendem a levar àquele resultado, no sentido de se chegar perto da previsibilidade que todos desejam.

Essas considerações conduzem a outro importante aspecto, a que faz alusão o art. 103-A, § 1.º, da Constituição e o art. 2.º, § 1.º, da Lei 11.417/2006: deve a súmula vinculante ter por objeto “controvérsia [...] que acarrete grave insegurança jurídica”.

Na justificação da criação das primeiras súmulas vinculantes, a propósito, o STF, além de destacar a existência de recursos julgados naquele Tribunal a respeito dos temas escolhidos, enfatiza que eles têm “inegável potencial na multiplicação de processos”, ou, ainda, que são capazes de “acarretar, inegavelmente, grave insegurança jurídica”.<sup>35</sup>

Porque existe essa tendência a que se gere maior segurança e previsibilidade é que as decisões dos tribunais superiores desempenham papel de extrema relevância, mesmo se proferidas em casos concretos, cujas decisões sejam desprovidas de eficácia *erga omnes*. Desde que sejam reiteradas em determinado sentido, significam indubitavelmente orientação para os demais tribunais, exercendo papel verdadeiramente paradigmático.<sup>36</sup>

Nos casos em que vier a incidir a súmula vinculante, desde logo o juiz terá de se curvar àquela interpretação que terá sido sumulada. Observe-se, todavia, que não estará deixando de decidir *de acordo com a lei*.

#### e) Competência para a criação da súmula vinculante

No direito brasileiro, atribuiu-se exclusivamente ao STF – e apenas em matéria constitucional, como observamos acima – o poder de editar súmulas vinculantes (CF, art. 103-A; Lei 11.417/2006, arts. 1.º e 2.º). A aprovação de súmula vinculante, depois que uma determinada matéria já tiver sido reiteradamente decidida pelo Supremo, depende do voto de dois terços dos seus integrantes (art. 103-A, *caput*; Lei 11.417/2006, art. 2.º, § 3.º).

Os outros Tribunais poderão criar somente súmulas “não vinculantes”, isto é, que têm força apenas *relativa* para impedir o julgamento de uma ação ou determinar o sentido em que ele se dê.

Só a circunstância de ter havido alteração na própria Constituição Federal, para prever os casos em que se admite a edição de súmulas *vinculantes*, indica de modo insofismavelmente claro que as demais súmulas *não são vinculantes*, devendo, portanto, ser objeto de um juízo crítico do julgador, cujo resultado pode eventualmente ser o acolhimento da tese que encerra e sua apli-

cação ao caso concreto.<sup>37</sup>

Confirmando a distinção entre a figura geral da súmula e a súmula vinculante, a Emenda Constitucional 45 prevê ainda que as súmulas já existentes do STF “somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes” (art. 8.º).<sup>38</sup>

#### f) Legitimidade para a proposição de súmula vinculante

A proposta de súmula vinculante pode ser feita pelos próprios integrantes do STF ou pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Eles também têm legitimidade para requerer a revisão ou cancelamento da súmula vinculante (art. 103-A, § 2.º). Diz-se, neste dispositivo constitucional, que esta é a regra, sem prejuízo do que seja estabelecido em lei.<sup>39</sup>

Depreende-se, do art. 103-A, § 2.º, da Constituição, que não há óbice a que lei ordinária amplie esse rol de legitimados.

Diante disso, o art. 3.º da Lei 11.417/2006 permite que também “o Defensor Público-Geral da União” (inc. VI) e os Tribunais (inc. XI) proponham a edição, cancelamento ou revisão de súmula vinculante.

Também o Município poderá propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. No entanto, poderá fazê-lo “incidentalmente ao curso de processo em que seja parte”. Tal pedido, no entanto, não autoriza a suspensão do processo (cf. § 1.º do art. 3.º da Lei 11.417/2006).

Segundo pensamos, as súmulas vinculantes deveriam poder ser objeto de alteração por um sistema cuja iniciativa fosse acessível à própria parte. Não é o que se extrai do § 2.º do art. 103-A da Constituição, bem como do art. 3.º da Lei 11.417/2006.

No entanto, tanto a Constituição (art. 103-A, *caput*) quanto a Lei 11.417/2006 (art. 2.º, *caput*) estabelecem que o STF poderá editar súmulas *de ofício*. Nada impede, assim, que, no curso de processo que esteja em trâmite perante o STF, as partes *provoquem* este Tribunal, para que se produza, revise ou cancele súmula vinculante.

#### g) Efeitos da súmula vinculante

As súmulas vinculantes, diferentemente do que ocorre com a decisão que julga ação declaratória de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/1999), não têm efeitos, por si mesmas, *ex tunc*, no sentido de deverem ter vinculado tribunais, juízes e administração pública antes de sua edição.<sup>40</sup> Nada impede, contudo, que tramitem, paralela ou sucessivamente, ação declaratória de inconstitucionalidade e procedimento tendente à criação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, e no julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade se profira decisão

<sup>35</sup> DJ 13.08.2007, p. 18 ss.

<sup>36</sup> Diz Rodolfo de Camargo Mancuso: “É absolutamente indispensável que à isonomia teórica se junte uma *isonomia prática*, representada por uma *razoável previsibilidade*, a ser oferecida ao jurisdicionado, no sentido de que sua pretensão receberá resposta judiciária qualitativamente análoga às demais de seu gênero e espécie” (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, São Paulo, RT, 1999, p. 212, item 2.4.3).

<sup>37</sup> “Súmulas vinculantes – Natureza constitucional específica (art. 103-A, § 3.º, da CF) que as distingue das demais súmulas da Corte (art. 8.º da EC 45/2004) – Súmulas 634 e 635 do STF – Natureza simplesmente processual, não constitucional – Ausência de vinculação ou subordinação por parte do Superior Tribunal de Justiça” (STF, Rcl. 3.979-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.06.2006).

<sup>38</sup> A respeito, decidiu o STF que “as súmulas anteriores devem preencher os requisitos previstos na Constituição para serem dotadas do efeito vinculante. Daí a necessidade, estabelecida pela própria Emenda Constitucional, de as mesmas serem submetidas à nova apreciação do próprio Supremo Tribunal Federal” (STF, AI-AgR-ED 414207-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.05.2006, DJ 26.05.2006 p. 35).

<sup>39</sup> O STF admitiu pedido de edição de súmula vinculante por partido político (cf. STF, Pet 3419-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.06.2005, DJ 24.06.2005 p. 85).

<sup>40</sup> Nesse sentido, decidiu o STF que não se admite a alegação de violação a súmula vinculante por lei anterior à sua edição (da súmula): “A Constituição Federal dispõe, em seu art. 103-A, *caput* e § 3.º, que a súmula aprovada por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal terá efeito vinculante a partir de sua publicação na imprensa oficial, cabendo reclamação do ato administrativo ou decisão judicial que a contrariar ou que indevidamente a aplicar.

com eficácia *ex tunc*.

Embora a súmula vinculante, ordinariamente, produza efeitos de imediato, estabelece o art. 4.º da Lei 11.417/2006 que o STF, por maioria de dois terços de seus membros, “poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. Pode ocorrer, assim, que algumas situações jurídicas mereçam ser preservadas, em nome de outros princípios relevantes, tais como a segurança jurídica ou a boa-fé, justificando a aplicação, pelo STF, da técnica da modulação temporal dos efeitos vinculantes da súmula.

Em um Estado Democrático de Direito, imperam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança do cidadão. Esse princípio, consoante expõe José Joaquim Gomes Canotilho, “se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos”.<sup>41</sup>

Na esfera dos *direitos privados*, esses temperamentos têm como base a necessidade de proteger a *boa-fé* e, no plano do direito público, a *presunção de legitimidade dos atos emanados de autoridade pública*.

Partindo-se desta observação no sentido de que as súmulas vinculantes como regra produzem efeitos *imediatamente*, portanto, *ex nunc*, imagina-se terá querido o legislador criar a possibilidade de que, em vez de imediatamente, passe a súmula a tornar-se vinculante num *futuro próximo* (dali a um ano, por exemplo). Pode-se pensar, por exemplo, ser desaconselhável a eficácia imediata da súmula, porque geraria tumulto, ou mesmo injurídica, por gerar problemas quanto à previsão orçamentária de municípios ou Estados federados.

Mas não é só. Pode o teor da súmula dizer respeito à *inconstitucionalidade* de determinada norma, o que, acreditamos, deve acontecer com frequência, tal como ocorreu com a Súmula Vinculante n. 2. A questão que surge nesta hipótese é a de que a afirmação da inconstitucionalidade, para nós, liga-se ao nascimento (isto é, à própria existência) da norma. Por outro lado, súmulas têm efeito *ex nunc*. Apesar de o teor da súmula se confundir com uma “declaração” de inconstitucionalidade, de regra, produz efeitos *ex tunc*, mas pode o Supremo Tribunal Federal determinar que só deve ser a súmula eficaz a partir do ano seguinte (2009). Pense-se na hipótese de ter havido vários recursos extraordinários sobre a constitucionalidade das cotas raciais. Tendo sido decidido ser inconstitucional a seleção e matrícula de estudantes em universidades públicas com base neste sistema, sendo editada súmula a respeito, pode-se estabelecer que esta não afetará aqueles que, até então, tinham-se beneficiado de tal sistema, nem aqueles que, embora não cursando ainda a universidade, já estivessem inscritos nos exames de vestibular de 2008, nesse sistema, não permitindo, todavia, que em outros vestibulares posteriores tal situação se repita.

Ainda no *caput* do art. 4.º encontra-se uma outra brecha criada pelo legislador no que diz respeito à possibilidade de se atenuar o poder da súmula vinculante. A lei alude a que o STF, por decisão de 2/3 (dois terços) de seus ministros, poderá (além de decidir que a súmula só tem eficácia vinculante a partir de outro momento que não o da sua edição, assunto de que antes se tratou) *restringir seus efeitos vinculantes*.

O legislador estabeleceu aqui a possibilidade de que haja *outro tipo de restrição, além do temporal*. Por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, pode ser restringida a eficácia vinculativa da súmula a pessoas ou a regiões. Pode o STF, por exemplo, estabelecer que os efeitos vinculantes de certa súmula só atinjam União e Estados Federados e não municípios. Ou só municípios com população acima de determinado número de habitantes. Evidentemente, sempre tendo como pano de fundo o excepcional interesse público.

Para efeito de adaptabilidade à regra contida na súmula, pensamos poder o STF, com base nesse dispositivo (art. 4.º, *caput*), estabelecer a vinculatividade gradativa, com base num cronograma preestabelecido para a Administração Pública.

Propositadamente, o legislador criou, pedindo vênua para repetirmos expressão já anteriormente empregada, brechas para evitar o impacto da súmula vinculante, nos casos em que a segurança jurídica ou razões de excepcional interesse público tornarem isso necessário.

Vê-se, no art. 4.º, acentuada similitude com o art. 27 da Lei 9.868, de 10.11.1999, que dispõe: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

A edição de uma nova lei, a declaração de inconstitucionalidade de norma até então em vigor ou a edição de súmula vinculante causam impacto social. A atenuação desse impacto é obtida com o uso dessas “brechas” quando necessário. Veja-se, também, que o fato de a súmula poder gerar efeitos vinculantes só em momento posterior ao da sua edição é fenômeno que guarda indiscutível semelhança com a *vacatio legis*.

A súmula vincula o próprio STF e os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, municipal, estadual e federal (art. 103-A, *caput*; Lei 11.417, arts. 2.º, *caput*, e 7.º). Ou seja, todos os demais juízes e tribunais terão de adotar o entendimento previsto na súmula nos casos concretos que decidirem – *nos exatos limites em vista dos quais a súmula foi editada*. E os agentes da Administração também terão o dever de adotar tal orientação em situações concretas

No presente caso, verifico que o decreto impugnado foi editado em 28.6.2006 (fls. 62-63) e publicado, segundo informação das próprias reclamantes, em 29.6.2006 (fl. 16), datas anteriores à publicação da Súmula Vinculante nº 2 na imprensa oficial, ocorrida em 06.6.2007. Não ocorre, portanto, a hipótese que autoriza a propo-situra da reclamação por descumprimento de súmula vinculante.

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que inexistente ofensa à autoridade de pronunciamiento da Corte se o ato de que se reclama é anterior à decisão por ela emanada” (STF, Recl. 5400-SP, dec. da Presidência, j. 25.07.2007, DJ 02.08.2007).

No mesmo sentido: “A Súmula Vinculante nº 2 foi editada após o início de vigência do ato reclamado. Ora, a vinculação tem efeito somente ‘a partir de sua publicação na imprensa oficial’ (CF, art. 103-A). Não há falar, portanto, em descumprimento, que seria retroativo, pelos reclamados” (STF, MC na REcl 5.600-SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.10.2007, DJ 07.11.2007 p. 36).

<sup>41</sup> *Direito constitucional*, 6. ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 259-260.

com que se depararem. Quando a Administração ou o Judiciário desrespeitar súmula vinculante, caberá reclamação para o STF (CF, art. 102, I, l, e art. 103-A, § 3.º, Lei 11.417/2006, art. 7.º, examinado *infra*).

Já o Poder Legislativo, no exercício de sua função normativa, não fica vinculado à súmula. Poderá, aliás, editar lei em sentido oposto ao da súmula (CF, art. 103-A, § 2.º, parte inicial). Pode acontecer que o STF tenha editado súmula vinculante sobre assunto relativo a lei que, posteriormente, vem a ser revogada ou modificada. Evidentemente, poderá haver a revisão ou o cancelamento da súmula, conforme o caso (cf. art. 5.º da Lei 11.417/2006).

De acordo com o art. 6.º da Lei 11.417/2006, “a proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão”.<sup>42</sup> Tal regra encontra-se em consonância com o disposto no art. 4.º da mesma Lei, examinado acima, segundo o qual a súmula vinculante produz efeitos *ex nunc*.

#### h) Súmula vinculante: foi uma boa solução?

Esse sistema tem defeitos, como os têm todos os outros. Para que se produzam bons resultados, precisamos poder contar com uma magistratura *equilibrada, serena, preparada e sobretudo extremamente consciente* da importância de seu papel.

Com injustificada modéstia, Ivan Lira de Carvalho se posiciona despretensiosamente a favor da súmula vinculante, no primoroso texto intitulado “Decisões vinculantes”. Transcrevemos pequeno trecho, fruto de extrema lucidez:

Longe de mim ditar a última palavra sobre assunto tão polêmico. Longe de mim, também, a idéia de ficar omisso em face de questão tão crucial para todos os partícipes da cena jurídica. Daí a ousadia de listar alguns argumentos, derivados das observações que tenho empreendido sobre a matéria, visando unicamente estimular a busca de soluções para o caos em que está mergulhada a atividade jurisdicional.

Penso que o primeiro passo a ser empreendido por quem realmente deseja reverter o galopante necrosamento do Judiciário é despir-se de vaidades e de pruridos que, se afagam o ego, *afogam* a ação profissional e institucional (com perdão pelo trocadilho proposital). Basta a elevação do pensamento para os sítios do bem comum, para que sejam esquecidos ciúmes e receios que são diminutos, se comparados ao tamanho da

crise ora analisada”.<sup>43</sup>

Cada vez mais e mais transparentes devem ser os critérios de escolha dos ministros do STF, se a eles agora cabe editar súmulas, que só se devem prestar a gerar mais segurança e previsibilidade, nunca a “engessar” ou “congelar” o direito. Para isso, como vimos antes, é necessário que se atente para a *matéria* que se estará sumulando e para o *modo* como serão redigidas as súmulas.

Haverá súmulas *erradas*? Talvez. Haverá súmulas inconstitucionais? É provável. Ao juiz caberá não as aplicar, se demonstrar que a situação do fato em que incide aquela súmula não é igual à dos autos. Ao juiz caberá também recusar seu cumprimento, se a entender inconstitucional. Isso já ocorre hoje com textos de lei infraconstitucionais.

Se as súmulas atenderem a “interesses” ilegítimos, quaisquer que sejam as suas naturezas, e não se limitarem, fundamentalmente, a extrair da lei seu real significado – e nessa medida as súmulas devem ser vistas como resultado de atividade interpretativa –, aí, certamente, o sistema de súmulas vinculantes terá naufragado. Seguramente, o estrago que se produzirá será muito mais nefasto para a Nação do que aquele que seria produzido por uma singela decisão, cujos efeitos estariam adstritos às partes.<sup>44</sup>

Oportuno, parece-nos, que se faça um breve comentário sobre a *globalização*, fenômeno que significa, sobretudo, que o mundo é *um só*. Facilidades de comunicação típicas da nossa época têm facilitado a inexorabilidade desse fenômeno. Marcelo Alves Dias de Souza comenta que,

[...] apesar das origens diversas e do desenvolvimento até certo ponto paralelo, países filiados à tradição do *civil law* ou romano-germânica e países filiados à tradição *common law* tiveram uns com os outros, no passar dos séculos, inúmeros contatos. E esses contatos, recentemente, vêm, cada vez mais, se estreitando. É claro que o Direito dos países da *common law* conserva, ainda hoje, uma estrutura peculiar, muito diferente da estrutura dos países do *civil law*; todavia, a função desempenhada pela lei tem, cada vez mais, aumentado e os métodos utilizados pelos dois sistemas só tendem a aproximar-se: ou seja, a regra de Direito progride no sentido de ser concebida nos países do *common law*, como o é nos países do *civil law*.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Diversamente, em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1.º), o art. 5.º, § 3.º, da Lei 9.882/1999 estabelece que “a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”.

<sup>43</sup> RT 745/48-58, especialmente p. 56, item 2.

<sup>44</sup> Alguns autores se posicionam com bastante veemência contra a adoção da Súmula vinculante e vêem como uma das principais razões que levam à preocupação no sentido de se adotar esse sistema o *excesso de trabalho dos tribunais superiores* (nesse sentido, v. Luiz Flávio Gomes, Súmulas vinculantes e independência judicial, in RT 739/11-42). Este autor chega a afirmar que uma das motivações “ocultas” para o interesse em relação à súmula vinculante teria relação estreita com a globalização da economia e dos mercados, já que os investidores teriam mais interesse no nosso mercado se houvesse mais estabilidade.

<sup>45</sup> Marcelo Alves Dias de Souza, *ob. cit.*, item 13.3.2, p. 313.

## 2. ENTREVISTA

### 2.1 Robertson Azevedo

**MPMG JURÍDICO:** O que se pode entender por redução de danos e qual a sua relação com o SISNAD?

**ROBERTSON AZEVEDO:** A redução de danos é uma política pública que leva em consideração o fato de que as pessoas fazem o uso de drogas e que vão continuar fazendo, independentemente da vontade do Estado de que elas tivessem uma conduta diferente. A redução de danos visa a dar enfoque no indivíduo, em sua condição de vida, e menos no uso da droga enquanto substância. Então é uma política muito mais voltada para a qualidade de vida do eventual usuário e a redução dos danos associados a droga, sem adotar a visão moralista, que é a atual, de que as pessoas deveriam deixar de fazer esse uso. A lei que estabeleceu o sistema nacional sobre drogas, o SISNAD, não é mais antidrogas. Ela incorporou basicamente a lógica da redução de danos, no sentido de se valorizar o indivíduo e tentar focar na relação que a pessoa tem com a droga. Qual a relação. Se essa relação é de disfuncionalidade. Qual o efeito que essa relação vai ter na convivência social do sujeito.

**MPMG JURÍDICO:** Quais são as principais causas que impedem uma política efetiva de combate ao tráfico e ao uso de drogas?

**ROBERTSON AZEVEDO:** A política de combate ao tráfico do Brasil é determinada pela política externa americana. Houve dentro da geopolítica mundial, depois do advento do fim do bloco comunista, a eleição da droga como o grande inimigo dos benfeitores do planeta, ou seja, eles elegeram a droga como grande inimigo. Em grande escala a lógica da operação do crime no Brasil é pautada por essa política externa americana. Não queria polemizar muito, mas a medida mais efetiva para acabar com o tráfico de drogas é a legalização das substâncias. Aí sim, acaba-se com o tráfico, com a corrupção associada ao tráfico, com boa parte da violência associada ao tráfico porque existe um controle efetivo do Estado sobre substâncias, produção de substâncias, comércio de substâncias. É polêmico, mas de longe é – ao exemplo histórico da proibição do álcool nos Estados Unidos – a política pública mais efetiva contra o tráfico.

**MPMG JURÍDICO:** E, nesse sentido, a redução de danos estaria intrinsecamente ligada...?

**ROBERTSON AZEVEDO:** Não, quando se fala nisso corre-se o risco de perder adeptos que poderiam até considerar a redução de danos. Mas não dá para fugir muito dessa discussão. A redução de danos não é incompatível com a política atual de repressão, tampouco com a política atual de prevenção. Na verdade, ela simplesmente traz ao debate o interesse das pessoas que já fazem uso das drogas. Para acabar com o tráfico a legalização

é o ideal, porque aí o Estado exerce todo o controle, o poder de polícia no comércio e na produção de substâncias. Com isso, arrecada-se dinheiro para tratar das pessoas que efetivamente necessitam desse tratamento e que não são todos os usuários de drogas. A pior coisa que poderia acontecer com o traficante é que a atividade dele fosse legalizada porque ele teria que concorrer com empresário, e claro exerceria algum tipo de controle de qualidade. Hoje as pessoas que fazem uso de drogas ilícitas não têm qualquer tipo de qualidade do produto que é consumido. Por exemplo, no Paraná a maconha vem do Paraguai em tabletes e, para conservá-la, eles usam amoníaco. Quer dizer, do ponto de vista da saúde pública seria melhor que os consumidores de maconha consumissem uma maconha sem amoníaco, porque não se admite esse gás em nenhum tipo de substância que é vendida no mercado. Como essas pessoas estão consumindo um produto fora do controle do Estado, ele acaba se tornando mais lesivo.

A legalização acabaria de fato com o tráfico, com a corrupção policial. Uma outra questão, por ser atividade ilegal, os comerciantes não-reconhecidos pela lei não têm acesso pré-judiciário para resolver as questões clássicas do comércio, que é o cumprimento dos contratos. Por conta da impossibilidade de acessar o poder formal do Estado para exigir

o cumprimento do contrato, recorre-se à morte, à execução primária. Claro que, na legalidade, existem crimes motivados por dívidas, mas as pessoas têm acesso ao poder judiciário para rever o dinheiro perdido em uma transação cambial. Boa parte da violência está associada à ilegalidade, mas nesse aspecto é importante diferenciar a legalização da redução de danos para não trazer uma oposição desnecessária a essa política.

**MPMG JURÍDICO:** Como o Ministério Público deve articular-se para a implementação de políticas públicas preventiva e repressiva em relação ao tráfico e uso de drogas?



Rolando Carabolante (E)  
Robertson Azevedo (D)

Alguns temas são pantanosos por sua natureza. Pesquisas com células-tronco, aborto, liberação ou não das drogas constituem pautas que não saem dos meios de comunicação. A entrevista desta edição, igualmente polêmica, lança luz à redução de danos aos drogados como parte de políticas públicas. Não se trata aqui de prevenção, mas da constatação da necessidade de promover a qualidade de vida do eventual usuário e a redução dos danos associados a droga. O entrevistado, Robertson Azevedo, Promotor de Justiça no Paraná, é especialista no assunto e tem se dedicado sobremaneira a esclarecer questões até então encobertas. A entrevista concedida ao Promotor de Justiça de Minas Gerais Rolando Carabolante, durante a Semana do Ministério Público em 2007, traz à luz, ainda, outros pontos controversos como a diminuição da maioridade penal. Não há ficar indiferente à abordagem dada por Robertson nesta entrevista.

**ROBERTSON AZEVEDO:** Um dos princípios, um dos objetivos da atual política nacional sobre drogas é a difusão do conhecimento sobre drogas. O próprio Ministério Público não tem conhecimento do que seja droga. Quando um colega usa, numa denúncia contra um traficante, o termo entorpecente para se referir a cocaína, que é um estimulante fortíssimo, demonstra que o Ministério Público ainda desconhece sobre drogas. Então tratam do assunto como se fosse um mistério. O que nós precisamos começar a fazer, já que é uma questão tão disseminada na sociedade, é ter um conhecimento menos preconceituoso, mais efetivo do que é a droga, quais são os seus efeitos, como devem ser considerados para poder estabelecer uma política mais racional.

**MPMG JURÍDICO:** A partir de seu trabalho como membro do Ministério Público do Estado de Paraná quais os resultados positivos alcançados?

**ROBERTSON AZEVEDO:** Minha experiência com o grupo que fazia redução de danos, uma organização não- governamental financiada pelo Ministério da Saúde, constituía uma ponte entre os serviços públicos e toda a população que não usufruía de seus serviços. Era especificamente marginalizada, como, por exemplo, os usuários de craque. Antes, apesar de poderem bater as portas da Justiça ou da Secretaria Municipal de Saúde Pública e de Ação Social, como sempre foram tratados como marginais, perigosos etc, não o faziam. Outro exemplo dessa ponte eram os adolescentes infratores que eram encaminhados pelo redutor de danos, a partir da oitiva informal, para fazer prestação de serviços a comunidade. Eles viam na figura do redutor de danos, aquela pessoa que ia acompanhá-los, uma maneira de perderem o medo do Estado e descobrir que aquele órgão de repressão não é um monstro tão horroroso assim e que, na verdade, visa ao seu bem-estar. Então os redutores reduziam o sentimento de auto-exclusão desses adolescentes que se colocavam à margem de serviços básicos como saúde, educação e Justiça.

**MPMG JURÍDICO:** É positiva sua análise em torno da política de proteção da criança e do adolescente atual-

mente no Brasil?

**ROBERTSON AZEVEDO:** Eu sou um fã do ECA. Eu só acho que a questão é de efetividade. Quais são os mecanismos para dar mais efetividade, comparado com o processo penal, por exemplo? O processo de apuração de ato infracional é muito mais evoluído, inclusive pela possibilidade de remição. Por ser Promotor de Justiça no Paraná e ter assumido quando o meu chefe era o doutor Lincoln de Sá Solto Maior Neto, que é um dos precursores do ECA, realmente tenho de acreditar no Estatuto, nos mecanismos de proteção e nas medidas de segurança. A questão da efetividade é outra. No momento em que nós conseguimos que as políticas públicas municipais e estaduais dêem atenção devida a infância e juventude, as conseqüências vão ser muito melhores, porque o adolescente que tem efetivamente o direito à saúde, à educação, à moradia tem uma tendência muito menor à criminalidade e à marginalidade. Portanto eu acredito sim no sistema atual.



Robertson Azevedo

**MPMG JURÍDICO:** O senhor tem um posicionamento sobre a polêmica da diminuição da maioria penal?

**ROBERTSON AZEVEDO:** Tenho. A pergunta que eu faço é: a privação de liberdade tem funcionado enquanto mecanismo de controle social? As pessoas que estão sujeitas à privação de liberdade, quando saem do sistema, voltam de alguma forma amadurecidas ou capacitadas? Se a resposta for negativa, como é o fato, não há razão nenhuma para ampliar um remédio que está errado. Se a pena já se provou negativa para a pessoa que a sofre e para a sociedade que tem que conviver com essa pessoa, eu não vejo nenhuma lógica em ampliar o número de pessoas que sofrem com o problema. Aliás, ao contrário – só mais um argumento para radicalizar mais uma vez – talvez fosse o caso de serem modificadas as regras do ECA para a privação de liberdade dos imputáveis. Ou seja, privação de liberdade só em caso de violência ou grave ameaça contra a pessoa, prática reiterada de atos graves ou descumprimento injustificado das sanções anteriores. Talvez o contrário devesse ser aplicado. Ao invés de diminuir a maioria penal, vamos aplicar as regras de privação de liberdade do ECA aos imputáveis.

## 3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

### 3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

#### 3.1.1 Prerrogativa de foro nas Constituições Estaduais e a Justiça Federal

**Américo Bedê Freire Júnior**

*Juiz Federal em Vitória/ES*

*Ex-Promotor de Justiça/MA*

*Mestre em Direitos Fundamentais-FDV*

*Professor de Processo Penal na FDV*

É sabido que o juiz natural, para a instrução e o julgamento dos processos criminais, é o juiz de primeiro grau, sendo a prerrogativa de foro exceção que precisa estar prevista na Constituição e que deve, portanto, ser interpretada de modo excepcional.

A doutrina e a jurisprudência vêm admitindo que as Constituições Estaduais fixem prerrogativas de foro, todavia é de se ressaltar que prerrogativas de foro previstas exclusivamente nas Constituições Estaduais não podem ser aplicadas no âmbito da Justiça Federal.

Cumpra registrar que a competência da Justiça Federal tem sede na Constituição Federal, não podendo norma estadual ampliá-la ou reduzi-la em desacordo com o fixado na Carta Magna.

O STF superou a súmula 3<sup>1</sup> em relação aos Deputados Estaduais, sob o fundamento de que a prerrogativa a eles destinada tem suporte na própria Constituição Federal. Ora, se o fundamento para a modificação do entendimento jurisprudencial consistiu no reconhecimento de que a prerrogativa de foro dos Deputados Estaduais está na Constituição Federal, nota-se que o STF não admitiu, nem mesmo de modo implícito, que a Constituição Estadual possa criar prerrogativas de foro válidas no âmbito da Justiça Federal, mas, ao contrário, reforçou o pensamento de

que a prerrogativa dos Deputados Estaduais é aplicada na Justiça Federal pelo simples fato de ter sede na Constituição Federal.

Frise-se que o argumento de simetria (por exemplo, a Constituição Federal tem prerrogativa de foro para os Ministros, então normalmente os Secretários possuem prerrogativa de foro no âmbito das Constituições Estaduais) não altera os fundamentos jurídicos que impedem o poder decorrente de modificar a competência da Justiça Federal, não sendo admissível a ampliação da prerrogativa de foro pelas Constituições Estaduais.

Lembre-se, ainda, de que a súmula 721 do STF – ao prever que “a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual” – provoca o reconhecimento de um tratamento diferenciado entre as prerrogativas de foro contidas na Constituição Federal e as prerrogativas de foro trazidas nas Constituições Estaduais, a indicar que as normas previstas nestas não podem alterar o juiz natural fixado por aquela.

Conclui-se este breve artigo com a afirmação de que as prerrogativas de foro previstas exclusivamente pelas Constituições Estaduais não devem ser aplicadas na Justiça Federal, devendo o processo tramitar no juízo de primeiro grau.

<sup>1</sup> Informativo 413 STF

#### **Imunidade Parlamentar e Enunciado da Súmula 3 do STF**

Declarando superado o Enunciado da Súmula 3 do STF (“A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita a justiça do estado”), o Plenário negou provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do STJ, proferido em *habeas corpus*, que, com base no disposto no § 2º do art. 53 da CF, revogara prisão preventiva do paciente, deputado distrital acusado da prática de crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva, parcelamento irregular do solo urbano e lavagem de dinheiro (CF: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos ... § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.”). Entendeu-se que, em razão do mandamento explícito do art. 27, § 1º, da CF/88, aplicam-se, aos deputados estaduais, as regras constitucionais relativas às imunidades dos membros do Congresso Nacional, restando superada, destarte, a doutrina da referida súmula (CF: “Art. 27. ... § 1º - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.”). **RE 456679/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15.12.2005. (RE-456679).**

### 3.1.2 Conflito real de normas e teoria funcional



**Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho**

Na antinomia jurídica, temos um conflito entre duas normas, o qual pode ser aparente ou real. “Dá-se a antinomia *aparente* quando os critérios de solução forem integrantes da ordem jurídica, ao passo que a antinomia *real* se faz presente quando não existir, na ordem jurídica, nenhum critério *normativo* para solucioná-la, sendo inevitável, para sua exclusão, a edição de uma terceira norma”<sup>1</sup>.

No conflito aparente, há um fato que, aparentemente, é regulado por mais de uma norma, mas, na realidade, apenas uma delas é aplicada, eliminando-se as demais. No ordenamento jurídico, existem princípios que visam a solucionar o conflito aparente de normas e revelam o aspecto estrutural da aplicação da norma. Nesse caso, a solução da antinomia aparente está no próprio sistema jurídico.

Por outro lado, na antinomia real, há diversas normas válidas, que podem, de forma indiferente, ser aplicadas a um fato, mas o ordenamento jurídico não dá uma solução normativa para que uma delas prevaleça no caso concreto. Ou seja, os critérios hermenêuticos mostram-se insuficientes para resolver o impasse.

Porém, o sistema jurídico não é hermético, mas sim dinâmico, pois tem contato com outros sistemas<sup>2</sup>. O sistema que se põe como um compartimento fechado se extingue gradualmente, porque há uma necessidade de troca de informações, sem que ele perca sua autonomia em relação aos demais<sup>3</sup>.

Dessa forma, no caso de conflito real, o aplicador da norma deverá buscar a solução mais justa, valendo-se de elementos sociológicos, econômicos, políticos e de outros sistemas, fora do ordenamento jurídico. Isso revela o aspecto funcional da aplicação da norma.

Verifica-se, portanto, que existe uma regra de proibição de antinomias num ordenamento jurídico, dirigida tanto aos que produzem a norma quanto aos que a aplicam. O legislador não pode criar normas incompatíveis entre si, mas, se o fizer, a antinomia deve ser eliminada pelo magistrado<sup>4</sup>.

Há casos nos quais o magistrado, ao aplicar uma das

**Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho**  
*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*  
*Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça*

normas incompatíveis e desaplicar a outra, não estará considerando esta última inválida (ex.: duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas, mas apenas uma delas deve ser aplicada ao caso concreto). Tanto é verdade, consoante NORBERTO BOBBIO, que as duas normas antinômicas continuam a subsistir no ordenamento, lado a lado, e o próprio juiz num caso posterior ou outro juiz no mesmo caso (por exemplo, um juiz de segunda instância) podem aplicar, das duas normas antinômicas, aquela que anteriormente não foi aplicada ou vice-versa<sup>5</sup>.

O autor afirma, ainda, que a

[...] coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade)<sup>6</sup>.

A aplicação de uma das normas incompatíveis exclui a aplicação da outra, pois ambas não podem ter eficácia num mesmo caso concreto. Porém, as duas normas são válidas, continuam existindo e, apesar de haver um conflito, não há remédio para a sua eliminação, salvo a ab-rogação legislativa<sup>7</sup>.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, ao apresentar o pensamento jurídico de NORBERTO BOBBIO, afirma que, na teoria estrutural, o jurista, em um Estado protetor e repressor, vê o direito como um conjunto de regras com função sancionadora e negativa. O aplicador do Direito, assim, tende a conservar as regras, que então “sistemiza e interpreta”. Pela teoria funcional, o jurista, num Estado promocional, encara o Direito como um conjunto de regras com função implementadora de comportamento e tende a assumir um papel modificador e criador<sup>8</sup>.

No enfoque estrutural, segundo sintetiza TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, há preponderância da interpretação do sentido das normas, das questões formais de eliminação de antinomias e da integração de lacunas. Fica, assim, a relação meio/fim no estudo do Direito, limitada a um pressuposto global e abstrato. O enfoque funcionalista é voltado mais para a análise de situações, confronto de avaliações e escolha de avaliação e formulação de regras, envolvendo indagações sociológicas, econômicas e políticas<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Notas Introdutórias ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Ícone, 1990, p. 181-182.

<sup>2</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Aspectos Estrutural e Funcional na Aplicação da Norma*. Palestra proferida no 3º Curso de Especialização em Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, em 5/4/2000.

<sup>3</sup> TAVAREZ, Juez. *Teoria do Injusto Penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 70.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica Cláudio De Cicco, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, 10ª ed., Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 110.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 112-113.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 113.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 113.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 15-16.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 16.

### 3.1.3 Rumo a um Ministério Público Europeu

#### Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro  
Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça

Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa, Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela mesma Universidade

Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e da Escola Superior do Ministério Público da União



Emerson Garcia

A evolução do Estado de Direito e a sua conseqüente inserção na sociedade internacional, seara em que as individualidades sofrem relativa atenuação, cedendo lugar a aspirações e a preocupações de ordem essencialmente coletiva,

tornam inevitável a confrontação das noções de soberania e de *mundialização*, *globalização* e de *construção regional*. Nessa perspectiva, merecem especial menção as crescentes formas de integração entre os Estados, resultando na criação de órgãos ou organizações internacionais de integração (v.g.: a União Européia e, em caráter ainda embrionário, o Mercosul), também denominadas supranacionais, com a respectiva delegação de poderes inerentes à soberania estatal (Cf. Fausto de Quadros, *Direito das Comunidades Européias e Direito Internacional Público*, 1991, pp. 196/249). Contrariamente ao que se verifica em relação às organizações de cooperação (v.g.: a ONU e a OEA), tipo clássico de organização internacional, é comum outorgar-lhes a atribuição de aferir a própria correção das medidas adotadas pelos órgãos de soberania do Estado, acrescentando que suas deliberações, não raro, possuem aplicabilidade e eficácia direta na ordem jurídica dos respectivos Estados (Daillier *et alii*, *Droit International Public*, 2002, pp. 578/579).

Tomando-se como referencial de análise as peculiaridades do direito comunitário europeu – que não só regula as relações entre os Estados como também influi diretamente na esfera jurídica dos cidadãos e dos demais operadores que atuam nos Estados-membros da União Européia –, ele pode ser concebido como um sistema distinto das ordens jurídicas nacionais e do direito internacional em geral. Trata-se da passagem da concepção ordinária do sistema internacional, como sistema de cooperação horizontal, no qual cada Estado conserva integralmente sua capacidade normativa e a executoriedade dos atos externos é determinada pelos atos internos, para um sistema de integração vertical. Com isso, tem-se a penetração das fontes comunitárias de produção jurídica nos ordenamentos nacionais que pertencem ao sistema e a conseqüente influência direta, muitas vezes sem a necessidade de adaptações ou de transposições que lhe confirmam eficácia (Chiti, *Diritto Amministrativo Europeo*, 1999, pp. 35/43).

O direito comunitário, apesar de formado a partir dos influxos recebidos dos diferentes ordenamentos nacionais, pois destinado a produzir efeitos em domínios inerentes a estes últimos, é plenamente autônomo em relação a eles: possui um processo próprio de formação, finalidades específicas e um órgão jurisdicional de cúpula que zela pela unidade e pela efetividade de suas normas. Com esses influxos, o direito comunitário delinea suas próprias linhas e, em refluxo, irradia suas normas aos ordenamentos nacionais, neles penetrando e com eles coexistindo

de forma harmônica (Schwarze, *Droit Administratif Européen*, vol. I, 1994, pp. 106 e ss.).

Em um primeiro momento, a integração pressupõe a existência de uma norma constitucional que autorize a delegação de atribuições legislativas à União e aos seus pilares, o que conferirá imperatividade às normas comunitárias no respectivo Estado-membro (v.g.: o art. 93, § 1º, da Constituição espanhola, dispõe que “mediante lei orgânica se poderá autorizar a celebração de tratados pelos quais se atribua a uma organização ou instituição internacional o exercício de competências derivadas da Constituição”). Nessa fase, verifica-se uma estreita relação de dependência entre o direito comunitário e o direito constitucional, não podendo o primeiro produzir efeitos senão em virtude do segundo. A partir daí, a relação de fluxo e refluxo entre as normas comunitárias e as normas nacionais enseja uma influência recíproca na própria elaboração normativa.

Na elaboração do direito comunitário, é devidamente sopesada a ordem jurídica de cada Estado-membro, operação esta oxigenada pela necessidade de serem estabelecidos padrões uniformes em busca da consecução de um interesse comum. Por outro lado, delineada a norma comunitária, devem os Estados adequar a legislação nacional aos parâmetros por ela traçados. Assim, é possível constatar que o direito nacional passa da condição de elemento informador à de elemento receptor das normas comunitárias, o que não importa em supressão da característica inicial, pois o direito comunitário continuará a servir-se das particularidades e das mutações do direito nacional, o que assegura a continuidade do ciclo já referido. Na expressão de Florence Chaltiel, verifica-se a “osmose progressiva das duas ordens jurídicas” [in *Droit constitutionnel et droit communautaire, Revue Trimestrielle de Droit Européen* nº 3/395 (403), 1999].

Essa interpenetração do direito comunitário com o direito nacional, como é intuitivo, não poderia permanecer à margem do Ministério Público, instituição estatal de vital importância no sistema de cooperação policial e judiciária em matéria penal, que consubstancia o Terceiro Pilar da União Européia (art. 29 do Tratado da União Européia). A existência de problemas que transcendem a individualidade de cada Estado membro, projetando-se sobre a vida comunitária, exigem a adoção de medidas coletivas, que podem alcançar (1) o estabelecimento de uma normatização comum, (2) a divisão de tarefas entre os órgãos nacionais ou (3) a criação de órgãos comunitários incumbidos de sua concretização. É justamente sob essa última óptica que se fala na possível criação de um Ministério Público Europeu.

A partir de solicitação da Comissão Européia, foi apresentado por um grupo de estudiosos, em 1997, um projeto voltado ao estabelecimento de regramento comum, de natureza substancial e processual, visando à concretização da referida cooperação. Trata-se do denominado *Corpus Juris* [Bernardi, *Corpus Juris*

e formação de um direito penal europeu, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* nº 2/283 (283 e ss.), 2001]. O projeto previa a criação de um Ministério Público Europeu, que teria atribuição para atuar no combate às fraudes comunitárias. Com isso, buscava-se aumentar a eficiência na atuação, evitando o retardamento causado pela expedição de cartas rogatórias e pela formalização de processos de extradição. O projeto foi reformulado em 2000, ficando expresso, em seu art. 18, que o órgão é “uma autoridade da Comunidade Européia”.

O Ministério Público Europeu, de acordo com o projeto de 2000, seria independente em relação às autoridades nacionais e comunitárias. No plano organizacional, competiria ao Parlamento Europeu, a partir de provocação da Comissão Européia, nomear o Procurador-Geral Europeu para um mandato de seis anos, permitida uma recondução, sendo a sua sede fixada em Bruxelas. Cada Estado indicaria os Procuradores que deveriam atuar no âmbito do seu território, sendo a nomeação igualmente realizada pelo Parlamento. A Instituição observaria o princípio da hierarquia, estando os órgãos inferiores sujeitos à orientação do Procurador-Geral, e seria informada pelo princípio da indivisibilidade, de modo que cada ato praticado por um membro seria imputado ao ofício em sua integridade (Monaco, *Pubblico*

*Ministero ed Obbligatorietà dell’Azione Penale*, 2003, p. 269).

No plano propriamente funcional, competiria ao Ministério Público Europeu investigar as infrações penais, iniciar a ação penal em juízo e zelar pela execução das sentenças definitivas. Especificamente em relação à ação penal, com poucas exceções (v.g.: pequeno potencial lesivo da infração penal ou, em situações específicas, transação realizada com a autoridade nacional), incidiria o princípio da obrigatoriedade.

Note-se que as atribuições da Instituição não iriam necessariamente se sobrepor às de outros órgãos já em funcionamento no âmbito da União Européia, como o *Eurojust*, integrado por juízes, membros do Ministério Público e policiais oriundos dos vários Estados membros. Esse órgão, criado por decisão do Conselho Europeu de 28 de fevereiro de 2002, tem a função de coordenar e de impulsionar as investigações criminais, evitando a duplicação de atividades e permitindo a simplificação da execução das cartas rogatórias. Enquanto o *Eurojust* continuaria a ser uma estrutura de coordenação, o Ministério Público Europeu exerceria funções essencialmente executórias, atuando numa esfera jurídica específica e tendo por objetivo a persecução de infrações penais lesivas aos interesses comunitários (Monaco, *op. cit.*, p. 270).

### 3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

#### A) Obras doutrinárias

##### 3.1.4.1 SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e Ministério Público**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, 265 p.

O autor é Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA, Especialista em Políticas e Estratégias Nacionais e em Direito Civil, Professor do Curso de Direito da Universidade FUMEC, Professor do Curso de Formação de Oficiais da APM-MG e Servidor do TJMG.

Este livro pretende oferecer um amplo estudo constitucional do Ministério Público, captando a dimensão política de seu surgimento e desenvolvimento ao longo da história do constitucionalismo, começando nos primeiros textos constitucionais da história. Analisa o espírito político que motivou a sua criação e desenvolvimento, passando pelo seu *locus* em todas as constituições brasileiras e chegando até o texto constitucional de 1988. Tal abordagem permite que seja desenvolvido um trabalho investigativo das origens do pensamento de se traçarem limites à ação do Estado – surgindo daí a idéia de se sistematizarem, em um corpo legal único e superior às demais leis, as principais regras de funcionamento da sociedade – inserido nesse contexto o Ministério Público em sua dimensão política.

O estudo desenvolvido busca captar o momento político vivido pelo País ao longo de todas as suas constituições e os

reflexos desta conjuntura na instituição Ministério Público. Há uma significativa abordagem histórica, mostrando nitidamente as conexões dos fatos, suas conseqüências e as repercussões causadas no Ministério Público. Tal desenvolvimento permitiu uma evolução intensa, até chegar ao que deveria ser um novo perfil de Ministério Público, abandonando sua antiga posição resumida apenas na persecução penal, afastando-o do aparelho repressivo do Estado e aproximando-o da sociedade, para assumir uma nova posição de defensor dos interesses sociais indisponíveis. Nesse cenário são abordadas questões referentes ao seu poder de investigação, à utilização da Ação Civil Pública e à Ação de Improbidade Administrativa como instrumentos complementares à persecução de ações ímprobas, além de um interessante estudo de Direito Constitucional comparado, abordando as instituições análogas ao Ministério Público em importantes democracias ocidentais.

A obra é destinada a estudantes e profissionais da área jurídica que tenham interesse em pesquisar sobre instituições políticas, constitucionalismo, Direito Constitucional comparado e, é claro, sobre o Ministério Público, além de outros que queiram saber mais sobre esta instituição e a história política de nosso País.

3.1.4.2 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 232p.

Norberto Bobbio discute, nesta obra, o fundamento filosófico e a natureza jurídica dos direitos do homem. Indo mais além, detecta que, a partir do segundo pós-guerra, os direitos do homem não se restringiram ao território do Estado-Nação soberano, alcançando o *direito das gentes*. Cotejando o fundamento filosófico que lhes foi ofertado pela Revolução liberal-burguesa do fim do século XVIII, Bobbio afirma, de forma peremptória, o fundamento histórico dos referidos direitos, asseverando, em consequência, o seu caráter *relativista*, na medida em que, segundo o autor, as modificações ocorridas ao longo da história

em relação aos direitos do homem, seja no aspecto quantitativo seja no qualitativo, deu-se em razão da aparição de novas necessidades humanas e da respectiva luta para o reconhecimento, e, não, em virtude da natureza mesma do ser humano. Daí, ainda segundo o autor, o surgimento por direitos de segunda e terceira dimensões.

A obra merece leitura profundamente atenta, afinal nela se constatam, sem ser um mero exercício prospectivo, novas concepções aos direitos do homem do futuro.

## B) Artigos

3.1.4.3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – Exercício de cargo de dirigente (grão-mestre) de Instituições Maçônicas – CNJ – Pedido de Providências 596. **Revista de Direito Administrativo**, p. 341-358, set-dez 2007.

A hipótese em exame refere-se à decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a possibilidade de magistrados exercerem cargo de direção em instituições maçônicas.

Revela-se importante tal *decisum* na medida em que, por maioria, o Conselho proibiu o exercício de direção naquelas instituições a magistrados. Entretanto, para chegar à essa conclusão, precisou dirimir uma aparente colisão de princípios constitucionais, quais sejam, a liberdade de convicção filosófica e seu efetivo exercício (CR/88, art. 5º, VI e VIII), de um lado, e a imparcialidade dos juizes (CR/88, art.95, I), de outro.

Conquanto não se possa criticar a opção pelo princípio da imparcialidade, eis que o sopeso da relatividade dos princípios é atribuição própria de órgãos decisórios, importa realçar o fundamento adotado como motivo de decidir. É que o voto divergente, que acabou angariando maioria, restando, portanto, vitorioso, fundou-se no disposto no artigo 36, II da Lei Orgânica

da Magistratura (Lei Complementar n.º 35/1979 – LOMAN) que, *data venia*, parece-nos não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Isso porque, ao vedar o exercício de quaisquer cargos ou funções pelos juizes, o respectivo dispositivo constitucional, parece-nos, deve ser interpretado à luz do que dispõe a pauta de valores inserta na Constituição, notadamente os direitos e garantias fundamentais, entre os quais a livre convicção filosófica. Via de consequência, não poderão estar no contexto da vedação (CR/88, art. 95, I) hipóteses que encerrem malferimento a direitos ou garantias fundamentais, como ocorre no presente caso. Infere-se, destarte, que essa tábua axiológica se traduz no norte interpretativo de todo o corpo da Constituição, na idéia de justiça nela inserta.

Assim, forçoso reconhecer que a decisão foi equivocada, no particular.

## 3.1.5 Jurisprudência da área

3.1.5.1 TJMG, 12ª Câmara Cível. *Responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica de direito privado prestadora de transporte público coletivo*

**EMENTA:** INDENIZAÇÃO - ATROPELAMENTO - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - CUMULAÇÃO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - FIXAÇÃO - JUROS DE MORA - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.- ‘Tendo o magistrado, elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que ja tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa’.- A pessoa jurídica de direito privado que presta serviço público de transporte coletivo de passageiros responde

objetivamente pelos danos causados a terceiros, razão pela qual demonstrados o dano e o nexo de causalidade entre o fato danoso e a ação ou omissão do preposto da empresa, bem como ausente qualquer prova de culpa exclusiva da vítima, surge para a permissionária o dever de indenizar.- É possível a cumulação de indenizações concedidas a título de dano moral e a título de dano estético, quando derivadas do mesmo fato.- Deve-se fixar o valor da compensação do dano moral com cautela e prudência, atendendo às peculiaridades próprias ao caso concreto, de modo que o valor arbitrado não seja elevado ao ponto de culminar au-

mento patrimonial indevido ao lesado, nem inexpressivo a ponto de não servir ao seu fim pedagógico.- A teor do disposto no art. 398 do Código Civil, nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.- A teor do disposto no art. 20, § 3º, do CPC, na fixação da verba honorária sucumbencial há que ser considerado o grau de zelo profissional,

o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, e a diminuição do percentual fixado somente se justifica, havendo fundadas razões para tanto. (TJMG, 12ª Câmara Cível, **Apelação Cível nº 1.0024.04.327089-1/001, Rel. Des. Domingos Coelho, j. 27.06.2007, DJ 14.07.2007.**)

### 3.1.5.2 STJ, 2ª Turma. *Táxi. Necessidade de licitação para a exploração desse serviço*

**EMENTA:** ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PERMISSÃO - TÁXI – AUSÊNCIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INEXISTÊNCIA. 1. Inexiste o alegado direito líquido e certo, porquanto não comporta dúvida alguma sobre a necessidade de licitação para permissão da atividade de prestação de transporte por taxímetro. 2. A atividade de prestação de transporte por taxímetro é um serviço público e, como tal, necessita, para ser delegado ao particular, licitação, nos moldes previstos na Lei n. 8.987/95. 3. *In casu*, não se pôde delegar diretamente, sem licitação, a atividade de exploração de transporte por taxímetro ao particular, como fez in casu, sendo nula a transferência assim realizada. 4. Como muito bem pontuou o parecer do MPF: Com efeito, consoante o art. 175 da Constituição Federal/88, ‘incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos’. Na mesma esteira, a Lei de Regência das Concessões e Permissões

(Lei nº 8.987/95) também impõe a realização de licitação para a ocorrência de permissão. Ora, a redação do art. 175 da CF/88 não abre espaço para a almejada permissão do serviço de transporte para a exploração de táxi sem o prévio procedimento licitatório; ao contrário, a convalidação de tais permissões sem observância das formalidades exigidas, pela Administração Pública (que, frise-se, deve compromisso maior com os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência), vem justamente de encontro à finalidade constitucional conferida ao regime da licitação pública, que visa propiciar igualdade de condições e oportunidades para todos os que querem contratar obras e serviços com a Administração, além de atuar como fator de transparência e moralidade dos negócios públicos. 5. Precedentes: AROMS 15688/RJ Rel. Min. Francisco Falcão, DJ. 20.10.2003 e REsp 623197/MG Rel. Min. José Delgado, DJ 8.11.2004. Recurso ordinário improvido. (STJ, 2ª Turma, RMS 19091 / DF, Rel. Min. Humberto Martins, j. 04.10.2007, DJ 17.10.2007, p. 268).

### 3.1.5.3 STF, Pleno. *Destinação do produto de taxa de poder de polícia sobre atividades notariais e de registro para tonificar a estrutura da Defensoria Pública Estadual. Possibilidade*

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO III DO ART. 4º DA LEI Nº 4.664, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2005, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TAXA INSTITUÍDA SOBRE AS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DESTINADO AO FUNDO ESPECIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. É constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de polícia sobre as atividades notariais e de registro, ora para tonificar a musculatura econômica desse ou daquele órgão do Poder Judiciário, ora para aportar recursos financeiros para a jurisdição em si mesma. O inciso IV do art. 167 da Constituição

passa ao largo do instituto da taxa, recaindo, isto sim, sobre qualquer modalidade de imposto. O dispositivo legal impugnado não invade a competência da União para editar normas gerais sobre a fixação de emolumentos. Isto porque esse tipo de competência legiferante é para dispor sobre relações jurídicas entre o delegatário da serventia e o público usuário dos serviços cartorários. Relação que antecede, logicamente, a que se dá no âmbito tributário da taxa de polícia, tendo por base de cálculo os emolumentos já legalmente disciplinados e administrativamente arrecadados. Ação direta improcedente. (STF, Pleno, ADI 3643 / RJ, Rel. Carlos Britto, j. 08.11.2006, DJ 16.02.2007, p. 19).

### 3.1.5.4 STJ, 6ª Turma. *Parecer favorável emitido por advogado em procedimento fraudulento de licitação. Possibilidade de cometimento de ilícito penal no caso de o arrazoado ser contrário aos padrões normais e à ordem legal. Imunidade apenas relativa no tocante à liberdade do exercício da sua profissão*

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. IMUNIDADE DO ADVOGADO. LIBERDADE DE OPINIÃO. Embora seja reconhecida a imunidade do advogado no exercício da profissão, o ordenamento jurídico não lhe confere absoluta liberdade para praticar atos contrários à lei, sendo-lhe, ao contrário, exigida a mesma obediência aos padrões normais de comportamento e de respeito à ordem legal. A defesa voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que

passa ao largo do instituto da taxa, recaindo, isto sim, sobre qualquer modalidade de imposto. O dispositivo legal impugnado não invade a competência da União para editar normas gerais sobre a fixação de emolumentos. Isto porque esse tipo de competência legiferante é para dispor sobre relações jurídicas entre o delegatário da serventia e o público usuário dos serviços cartorários. Relação que antecede, logicamente, a que se dá no âmbito tributário da taxa de polícia, tendo por base de cálculo os emolumentos já legalmente disciplinados e administrativamente arrecadados. Ação direta improcedente. (STF, Pleno, ADI 3643 / RJ, Rel. Carlos Britto, j. 08.11.2006, DJ 16.02.2007, p. 19).

[...]

A paciente foi denunciada como incurso no artigo 90 (por

dezesseis vezes), c/c o artigo 84, § 2º, ambos da Lei 8.666/93, e arts. 29 e 69 do Código Penal, por ter concorrido, na qualidade de Procuradora do Município de Santo André - SP, para a suposta prática de fraude a procedimento licitatório, ao emitir pareceres jurídicos considerando lícita a realização de aditivos contratuais tidos como ilegais pelo Ministério Público.

[...]

Alega que os pareceres emitidos pela paciente não vinculam a formalização dos atos administrativos tidos como ilegais pelo Ministério Público e, ademais, o fato de o *Parquet* discordar das opiniões contidas nos pareceres não os tornam ilegais, uma vez que a manifestação jurídica-opinativa da paciente não foi o instrumento que gerou os direitos e obrigações supostamente ilícitos. Entende que o parecer técnico proferido por advogado autônomo ou por funcionário público no procedimento licitatório é um ato opinativo, que se reveste de outro direito constitucional, qual seja, a liberdade profissional.

[...]

Muito embora possa reconhecer o direito ao livre exercício da profissão de advogado e, na mesma linha, de juiz e de promotor, penso que a atividade profissional em qualquer dessas searas demanda o exame da estrita legalidade, sob pena de

conferir ao titular um indesejado, para não dizer injusto, direito à impunidade, ou passe livre para toda sorte de conduta eventualmente contrária ao direito e aos bons costumes.

Ora, imaginar a figura do advogado longe do alcance da lei, a pretexto do exercício da profissão, significa corromper a valiosa concepção isonômica do Estado Democrático de Direito, na medida em que todos, indistintamente, se submetem à vontade da lei, que em último caso, é a vontade do bem comum. Afinal, conquanto a atividade da advocacia possa ser respaldada em norma de liberdade de atuação técnica, isso não impõe considerar, em todo caso, a imunidade quanto aos meios e aos fins de sua atuação, porquanto em tal circunstância o exercício depende do cumprimento dos padrões normais de legalidade. Portanto, a defesa voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado, a meu ver, esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que altera a sustentabilidade da ordem jurídica: a igualdade perante a lei. Dessa feita, a tão-só figuração da Paciente como parecerista nos autos do procedimento de licitação não retira, por si só, da sua atuação a possibilidade da prática de ilícito penal. Aliás, mesmo que as formalidades legais tenham sido atendidas no seu ato, havendo favorecimento nos meios empregados, é possível, em tese, o comprometimento ilegal do agir. [...] (STJ, 6ª Turma, HC 78553 / SP, Rel. Min. Thereza de Assis Moura, j. 09.10.2007, DJ 29.10.2007, p. 319).

## 3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

### 3.2.1 Conserto de produtos: perda da posse/propriedade do produto pelo abandono. Prática comercial abusiva



Plínio Lacerda Martins

É cada vez mais freqüente a procura dos serviços de assistência técnica especializada para o conserto de produtos com defeito. O consumidor procura o serviço especializado deixando o produto para fazer um orçamento. Recebe do fornecedor de serviço um “ticket” ou expediente semelhante que esta-

belece as características do produto depositado e a data que o consumidor poderá voltar para tomar ciência do orçamento. Na data marcada, o consumidor possui a opção de retirar o produto, na hipótese de não concordar com o preço do orçamento ou contratar o serviço para a realização do conserto.

Curioso é que quase sempre no rodapé dessa nota de orçamento prévio vem prescrita uma cláusula que diz: “Se o consumidor não retirar o produto no prazo de 90 dias após a data marcada, o consumidor perderá a propriedade do produto depositado, podendo ser vendido como forma de pagamento pelo serviço autorizado”.

Diariamente os Procons registram reclamações contra os fornecedores de serviços de assistência técnica, como os serviços de consertos de tv, telefone, computador, eletrodoméstico em geral etc. pelo fato de apropriarem-se do produto depositado para o conserto, chegando a vendê-lo em determinados casos, ao argumento que o consumidor deixou ultrapassar o prazo de tolerância do produto no estabelecimento do fornecedor.

Reclamações como essas não são raras no Procon, citando, a título de exemplo, o caso do consumidor que deixou um aparelho de celular para conserto numa assistência técnica e, após 5 meses, compareceu a loja e foi informado que em razão do lapso temporal o celular foi para a sucata, não sendo possível restituir o aparelho. O consumidor justificou o atraso para apanhar o celular, pois estava juntando dinheiro para o pagamento do conserto. E agora? Quem vai pagar pela perda da propriedade do produto? O fato de o consumidor não comparecer no prazo autoriza o fornecedor a vender coisa alheia como se a coisa fosse abandonada?

Está-se diante de autêntica prática comercial abusiva veiculada livremente no mercado de consumo, sob a aparência de cláusula legal, quando na verdade trata-se de uma cláusula ágrafa, que o Código de Proteção ao Consumidor proíbe.

A cláusula ágrafa é a cláusula não-escrita, ou que não pode ser escrita, o que contraria o ordenamento jurídico da lei do consumidor, sendo, portanto nula de pleno direito.

**Plínio Lacerda Martins**

*Promotor de Justiça em Juiz de Fora (MG).*

*Professor de Direito do Consumidor da Universo e Estácio JF.*

*Professor convidado da Emerj*

*Mestre em Direito*

Na realidade, o fato de o consumidor não comparecer na data designada para apanhar o produto deixado para o conserto, não pode ser considerado como abandono, ou conforme a máxima romana: “RES DERELICTA”.

A perda da coisa, nos termos do art. 1.275 do Código Civil pode dar-se por alienação (venda ou doação), renúncia, perecimento da coisa, desapropriação ou abandono.

Para ocorrer o abandono é necessário que o titular (dono da coisa) venha a abrir mão de seu direito de propriedade, ou seja, tenha a vontade de abandonar a coisa, não podendo ocorrer o abandono implícito. Esquecimentos por parte do consumidor são comuns numa sociedade de consumo, não sendo possível aplicar a sanção pela perda da propriedade do produto, passando ao domínio do fornecedor de serviço.

Faz-se necessário estabelecer um mecanismo de equilíbrio entre o fornecedor e o consumidor, sendo certo que a cláusula constante no orçamento prévio que autoriza a apropriação do patrimônio alheio é abusiva, logo é considerada nula de pleno de direito na forma do art. 51, IV, do CDC. Ela ofende o princípio da boa-fé, sujeitando o fornecedor a responder pela indenização do produto alienado (vendido).

Ao nosso juízo, o fornecedor de serviço, para evitar transtornos com o consumidor, deve atentar para os comandos que a lei consumerista recomenda, da qual destacamos:

**1. Não executar serviço sem orçamento prévio.** Diz o art. 39, VI do CDC que é proibido ao fornecedor de produtos ou serviços: *executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;*

**2. Requisitos do orçamento prévio.** O orçamento prévio deverá mencionar o valor da mão de obra, *equipamentos utilizados, condições de pagamento, e datas de início e término dos serviços.* Diz o art. 40 do CDC: *O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.*

**3. Prazo de validade do orçamento.** O orçamento prévio deve estabelecer o prazo de validade, sob pena de valer pelo prazo de 10 dias, conforme estabelece o art. 40 § 1º: *Salvo estipulação em contrário, o valor orçado terá validade pelo prazo de 10 (dez) dias, contados de seu recebimento pelo consumidor.*

**4. Aprovação expressa pelo consumidor.** O orçamento deverá ser aprovado expressamente pelo consumidor, considerando como prática abusiva na forma do art. 39, VI do CDC que

menciona: [...] *autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;*

**5. Orçamento é um pré-contrato.** Aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga o fornecedor a executar os serviços nos moldes da apresentação. Diz o art. 40, § 2º do CDC: *Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes.* Estabelece ainda o art. 48 do CDC: *As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do artigo 84 e parágrafos.* Registra-se, ainda, que o art. 30 do CDC relata que *toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.* Estabelecendo o art. 35, I do CDC que *se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;*

**6. Isenção de quaisquer ônus ao consumidor.** O art. 40, § 3º do CDC diz que *o consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros, não previstos no orçamento prévio.*

**7. Ausência de informação = publicidade enganosa por omissão.** O fornecedor de serviço não poderá omitir informação relevante no orçamento prévio, tais como o preço, ou quaisquer outros dados sobre os serviços, como frete, mão de obra terceirizada, etc. sob pena de incidir na publicidade enganosa, conforme estabelece o art 37 § 3º do CDC: *Para os efeitos*

*deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço; podendo tal conduta incidir no tipo penal previsto no art. 67 que diz: Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena - Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.*

**8. Produto para conserto/perda da propriedade.** Não consignar no orçamento prévio a perda da propriedade do produto para conserto, considerada cláusula abusiva, na forma do art. 51, IV do CDC. Logo, nula de pleno direito, o que pode levar o consumidor a ingressar na Justiça pleiteando indenização pelo dano ocorrido; não descartando a hipótese de o fornecedor registrar no orçamento a cláusula de multa ao consumidor displicente que se esqueceu de retirar o produto para conserto no prazo mencionado.

**9. Conhecimento prévio do conteúdo do contrato.** Registra-se, por fim, o art. 46 do CDC, estabelecendo que: *Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance;* sendo que as cláusulas que dificultam a compreensão ao consumidor serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, na forma do art. 47 do CDC, atendendo assim ao princípio da transparência máxima (art. 4 *caput*).

Destarte, adotando-se o Código de Defesa do Consumidor como linha mestra, é considerada abusiva a cláusula constante no orçamento prévio que prevê a perda do produto em favor do fornecedor de serviço, registrando como produto abandonado, permitindo assim a perda da propriedade em favor do fornecedor, sendo tal cláusula reconhecida pelo direito consumerista como nula de plena direito.

### 3.2.2 Legitimidade do Ministério Público para tutelar interesses individuais indisponíveis no âmbito do direito à saúde

**Arlindo Márcio Lacerda**

*Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Bacharel em Direito – UFMG; Pós-graduado em Direito Notarial – ANAMAGES e Controle Externo – TCEMG; Especialista em Direito Sanitário - ESPMG*



**Arlindo Márcio Lacerda**

#### 1. Introdução

Reconhecido como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público tem se revelado um dos órgãos mais importantes no cenário jurídico-político brasileiro, sobretudo em razão de suas relevantes atribuições

na tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Espelha o *parquet* a segurança necessária para o exercício dos direitos sociais, atuando, ora junto ao Poder Executivo na construção de políticas públicas, por meio de Termos de Ajustamento de Conduta – TACs e/ou Recomendações, ora por intermédio do Poder

*“A injustiça que se faz a um é uma ameaça que se faz a todos”.*  
Montesquieu

Judiciário, na efetiva garantia a interesses sociais e individuais indisponíveis, valendo-se do instrumento jurídico da Ação Civil Pública.

Além de garantidor e fiscalizador dos poderes públicos, não estando subordinado a nenhum deles, o legislador constituinte atribuiu ao Ministério Público um poder-dever cujo fim precípua repousa na defesa dos interesses mais relevantes do cidadão e da sociedade. Lembra Cândido Rangel Dinamarco (2002:684) que “o Ministério Público tem o encargo de patrocinar os *interesses públicos primários*, que remontam à sociedade como tal e a seus valores”. Em outras palavras, significa dizer que a essencialidade do Ministério Público, no desempenho de sua função institucional, tem como fim a tutela dos valores

jurídicos contemplados no art. 127, *caput*, da Constituição da República – CR/88.

Destaca-se, nesse particular, a atuação do *parquet* em face dos interesses indisponíveis, entendidos como aqueles em relação aos quais os seus titulares não têm qualquer poder de disposição. Nessa classificação, encontra-se o direito à vida, à saúde, à liberdade, os direitos da personalidade, os referentes ao estado e capacidade das pessoas, entre outros. Traço marcante que os distinguem dos demais direitos é o de serem irrenunciáveis e em regra intransmissíveis.

Não é demais ressaltar que, por se tratar de direito fundamental e indisponível, a saúde ganha especial relevo, mesmo quando tratada sob o prisma de direito individual. A indisponibilidade confere o caráter de interesse social a um direito individual lesado ou ameaçado de lesão. Por essa razão, para que aprofundemos mais nessa importante seara, essencial discorrermos, ainda que em linhas gerais, sobre os limites conceituais do que se entende por saúde como direito fundamental.

## 2. A saúde como direito fundamental à vida

Com o propósito de garantir mais eficácia constitucional ao direito à saúde, a Constituição da República conferiu-lhe maior força ao inseri-lo entre os direitos previstos na Ordem Social (art.193 CR/88). Não ousou o legislador fazer frente à natureza social do homem e desvincular saúde de bem-estar social, entendido aqui como a satisfação das necessidades vitais de comunidades, grupos e/ou classes que compõem a sociedade. Como bem essencial à vida e à dignidade humana, a saúde afigura-se como direito fundamental da pessoa humana, ganhando relevância social a ponto de ser-lhe deferida máxima proteção constitucional. De forma bastante objetiva, o caráter social do direito à saúde é evidenciado pelo artigo 196 da Carta Magna.

Não é preciso muito esforço para compreender que o intuito maior do texto constitucional foi o de assegurar a todo cidadão, com maior efetividade possível, independentemente de sua condição econômica e social, o direito à saúde. Firme nesse propósito, delegou-se ao Estado o dever constitucional de garantir, por meio de políticas econômicas e sociais, uma série de ações que permitissem a efetivação da saúde como direito fundamental. Cabe ao Estado o dever inafastável de empreender todos os esforços para a sua concretização, sob pena de violar, por via indireta, o direito fundamental à vida<sup>1</sup>.

Conferiu a Constituição da República maior relevância e efetividade às normas garantidoras do direito à saúde quando, por meio da Lei nº 8.142/90, assegurou a real participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde. Com bastante propriedade, Maria Célia Delduque (2006:13) assevera que “os serviços de saúde são considerados serviços de relevância pública (art.197, CF/88) e essa rubrica lhes confere vínculo direto com a instituição ministerial, gerando uma ligação indissolúvel entre a atuação do Ministério Público e os Conselhos de Saúde em prol da defesa do setor”. Verifica-se, portanto, uma inegável interseção entre as atuações dos Conselhos de Saúde e do Ministério Público, o que possibilita, pelo menos em tese, garantir máxima proteção à saúde.

A indispensável intervenção do Ministério Público, nessa seara, tem por fim dar efetividade à norma programática insculpida no art. 196 da CR/88, armando o *parquet* de instrumentos necessários para fiscalizar a gestão do Sistema Único de Saúde, a fim de evitar que eventuais subserviências ao Poder Público impeçam a efetivação dos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna.

## 3. A legitimidade do Ministério Público na tutela do menor

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, visando a garantir máxima proteção ao menor, dispõe, em seu art. 201, V, ser competência do Ministério Público a proteção dos interesses individuais relativos à infância e à adolescência. Cumpre esclarecer que “interesse jurídico” não pode aqui ser confundido com pretensão assegurada em norma jurídica. Em exposição bastante didática, Cretella Júnior (1989:339) nos dá a lição, *verbis*:

Interesse não é direito. É pretensão não respaldada em norma jurídica. Interesse indisponível é a pretensão que o interessado não pode transformar em vantagem ou benefício. Diante do interesse indisponível, individual ou social, a ação do indivíduo ou do grupo cessa, já que existe pretensão, mas não a respectiva ação assecutória. Por isso, a regra jurídica transfere a defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis para a área de competência do Ministério Público, a quem cabe defendê-los, o que, de modo indireto, favorece pessoas físicas e grupo de pessoas, cujas pretensões não se encontram fundamentadas em normas jurídicas.

Entender pela ilegitimidade do Ministério Público para tutelar interesses individuais de menores é negar vigência a direitos fundamentais ameaçados ou lesados, afastando, pois, a essência protetiva do artigo 227 da CR/88. Observar normas processuais e zelar pelo seu efetivo cumprimento é dever do Poder Judiciário, mas desde que tal observância não vá afrontar ou impedir a concretização de direitos fundamentais que digam respeito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, sob pena de privilegiar bem juridicamente inferior.

A jurisprudência pátria tem dado provas de que um direito fundamental, como bem maior, deve prevalecer quando contrastado a questões meramente formais. Nesse sentido, é irretocável o voto da Desembargadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Dra. MARIA ELZA, quando, nos autos do processo nº 1.0471.05.040104-4/001(1), assim se pronunciou:

O traço marcante desses direitos fundamentais, que concretizam o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, é o de ser considerado como indisponível, seja no plano individual ou transindividual. Nenhuma interpretação jurídica ou lei hierarquicamente inferior podem trazer restrições, de modo a negar efetividade jurídica a direitos afetos às crianças e adolescentes, garantidos constitucionalmente. O princípio constitucional de proteção integral implica necessariamente o reconhecimento de que as crianças e adolescentes, por serem pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção especial, diferenciada e integral, daí não resultar dúvida de que a tutela de seus direitos individuais indisponíveis deve e pode ser feita pelo Ministério Público, via ação civil pública. É o que se extrai da interpretação harmônica do artigo 227 e 129, inciso IX, ambos da Constituição da República e do artigo 201, inciso

<sup>1</sup> O relevante papel que o direito à saúde desempenha no cenário nacional é facilmente percebido pelas recorrentes decisões judiciais sobre o tema, como, por exemplo, no julgamento pelo STF do Ag. Reg. em Recurso Extraordinário nº 271286 – RS.

V, do Estatuto da Criança e Adolescente.

A proteção da criança tem sido um traço marcante da atuação ministerial nos últimos anos. Não podia ser diferente, pois a gama de direitos assegurados ao menor pelo ECA implica necessariamente um órgão a altura para defendê-los. Como veremos adiante, não se vislumbra mudança drástica de postura do Órgão Ministerial diante dos direitos assegurados à pessoa idosa, sobretudo no que diz respeito ao controle exercido sobre o poder público para efetiva dispensação de serviços de saúde.

#### 4. A legitimidade do Ministério Público na defesa judicial do idoso

Com o objetivo de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais assegurados na Constituição da República de 1988, o legislador valeu-se do artigo 127 para atribuir ao Ministério Público o *status* de “instituição essencial” na defesa de direitos individuais indisponíveis. Não se abriu mão de delegar ao *parquet* a incumbência de proteger e zelar pela efetivação de direitos individuais indisponíveis, dada a sua real vocação para o atendimento dos interesses coletivos.

Agiu de forma bastante técnica o Estatuto do Idoso ao dispor sobre a legitimidade do Ministério Público para proteção dos interesses individuais do idoso, quando, em seu art. 74, atribuiu competência ao *parquet* para instaurar ação civil pública em face dos interesses indisponíveis e individuais homogêneos do idoso. Observa-se aqui uma fundamental diferença não notada anteriormente no ECA. O legislador distingue direitos individuais homogêneos, aqueles individuais de origem comum, dos direitos individuais indisponíveis. Claramente se percebe a atribuição de legitimidade ao Ministério Público para a tutela de interesses singulares em prol do idoso.

A interpretação do referido artigo reforça ainda mais a tese de que o *parquet* encontra-se legitimado para defesa dos interesses indisponíveis, em caráter particular, independentemente da qualidade da parte. Isso porque os direitos individuais a que se refere o ECA não são os individuais homogêneos, como quer entender alguns, uma vez que, quando pretendeu prever apenas essa última categoria, agiu o legislador com técnica apurada, fazendo-o de forma expressa.

Firme no propósito de garantir eficácia aos direitos fundamentais, conferiu o Estatuto do Idoso, de forma expressa, poder para que o *parquet* possa atuar como substituto processual em defesa dos interesses dos idosos. É o que dispõe o art. 74, III. Objetivando conferir maior efetividade aos interesses tutelados pelo Estatuto do Idoso, deferiu também o legislador ampla gama de ações para garantia desses direitos (art. 82)<sup>2</sup>.

Cabe ao Poder Judiciário, longe de se ater a questões formais de análise quanto à legitimidade para propositura de ação judicial nos casos em que existam riscos e agravos à saúde, cumprir sua alta e importante missão constitucional judicante. A mera formalidade, importante em determinados casos, não pode se sobrepor quando contraposta ao bem de valor inestimável: a vida. Ao Poder Judiciário jamais poderá haver receio de impor ao Executivo o cumprimento de obrigações constitucionais que lhes são próprias, sob pena de compactuar com a dor e o sofrimento

de pessoas hipossuficientes que ficam à mercê de um serviço precário e ineficiente, o qual muitas vezes conduz à morte.

#### 5. Considerações finais

Uma breve analogia com o tema objeto do presente artigo é oportuna no momento, servindo-se dos auxílios da seara penal. Dispõe o art. 647 do Código de Processo Penal sobre a possibilidade de se conceder *habeas corpus* para proteção do direito à liberdade de locomoção. Mais à frente, no art. 654, reconhecendo a importância de proteger o direito à liberdade de locomoção, dispensa o legislador a exigência de advogado para a propositura da ação, deferindo referido direito a qualquer pessoa.

Ora, por que abriu mão o legislador da presença do advogado na defesa de causas como a que se refere o art. 654 do Código de Processo Penal – CPP? Não seria ele indispensável à administração da justiça, conforme a dicção do art. 133 da CR/88? Pode parecer pretensiosa uma resposta em poucas palavras, mas a razão parece residir fundamentalmente na tentativa de se resguardar um valor de inquestionável relevância constitucional, no caso, a liberdade, sobretudo quando contrastada a uma mera norma jurídica. Ante o conflito entre a observância de uma norma ou proteção de um valor, deve sempre o direito zelar por esse último, como forma de garantir a supremacia de bens jurídicos fundamentais resguardados constitucionalmente.

A hermenêutica de que se valeu o legislador para deferir a “qualquer pessoa” o direito ao instrumento processual do *habeas corpus*, na defesa de sua liberdade de locomoção, é perfeitamente aplicável ao caso sob análise. Não seria o direito à vida uma fonte irradiadora de todos os demais direitos? Poderia um princípio de tão relevante importância ser anulado por uma norma jurídica, mesmo que inserta no texto constitucional? Na lição de Celso Ribeiro de Bastos (2002:82) “um princípio constitucional não pode ter a sua magnitude de incidência relativizada por uma mera regra, ainda que constitucional”. Dentro dessa perspectiva, imperativo concluir que é a norma que deve estar em conformidade com os princípios e não o contrário. Quem tem a precedência na organização dos comandos da Constituição são os princípios e não as regras.

Não há dúvidas de que o Ministério Público possui legitimidade para propositura de ação civil pública em face de direitos individuais indisponíveis. Questiona-se a atuação do *parquet* quando tutela interesse de um único indivíduo. Temos demonstrado que não há necessidade de que esse interesse seja o individual homogêneo, bastando que a tutela, mesmo que a título singular, vise a proteger a vida, a saúde como direito indisponível em si mesmo. A propósito, vale ressaltar o posicionamento de Hugo Nigro Mazzilli (1993:61), segundo o qual, “(...) até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é cometido ao Ministério Público (CR, art. 127)”. Ora, claro está que, mesmo se considerássemos a hipótese de vedação legal para a atuação do *parquet* a título individual, tal proibição não poderia subsistir à luz do Direito. Assim como a liberdade, o direito à vida não pode sofrer restrições por normas jurídicas que o tornem ineficaz. Observa Alexandre de Moraes (2007:30) que “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de

<sup>2</sup> Nesse sentido, vale conferir a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas que já se posicionou no sentido da legitimidade do Ministério Público para tutela de interesses individuais indisponíveis do idoso (Agravo de Instrumento nº 1.0702.04.190132-4/001(1)).

todos os demais direitos”. Cabe ao Estado o dever constitucional de assegurá-lo em dupla acepção: o direito de continuar vivo e a

garantia de viver com dignidade, perpassando limites meramente formais.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 out. 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 out. 2007.

\_\_\_\_\_. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 out. 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 31 out. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 12 out. 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro, 1995.

DELDUQUE, Maria Célia. **Questões atuais de Direito Sanitário: O papel do Ministério Público no campo do Direito e da Saúde**. 1. ed. Brasília: Editora MS, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ELZA, Maria. Decisão em **Processo Judicial nº 1.0702.04.140355-2/001(1)**. Data do acórdão: 23/06/2005. Disponível em <<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/interroteor.jsp>> Acesso em 09 nov. 2007.

MAZZILI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 88**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993.

MORAES, Alexandre de; **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

### 3.2.3 O tratamento legal do instituto jurídico do parcelamento do solo

**André Luiz Esteves Gomes**

*Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais lotado na 13ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora (MG)*

Cada vez mais o ambiente urbano se torna o local de residência e onde se desenvolvem as atividades humanas. No Brasil, o processo de urbanização de novas áreas urbanas nos municípios brasileiros se realiza através do parcelamento do solo, implantado na forma de loteamento, podendo ser regular ou irregular, concebendo a hipótese de clandestinidade. Para poder propiciar uma sustentação às atividades que serão desempenhadas nessas novas áreas urbanas, a expansão dos limites geográficos das áreas urbanas devem ser adequadamente organizadas.

A organização espacial desse novo tecido deve permitir o pleno desenvolvimento da população ali residente e integrar-se adequadamente à estrutura já existente. Para que isso ocorra, é necessário que a expansão física obedeça às regras e normas de cunho técnico e jurídico.

Quem sai às ruas das grandes cidades e vê o crescimento desordenado, com a expansão de edificações habitacionais, favelas e vários tipos de invasões, nem imagina que a legislação brasileira sobre a expansão urbana tem uma postura igualitária, considerada inovador, visando ao bem-estar de todos os cidadãos.

Cabe à Constituição da República o papel principal de determinadora das posturas legais. Em seu artigo 5º, inciso XXIII, prescreve que a propriedade atenderá a sua função social. Desde a constituição de 1934, a função social da cidade e da propriedade já aparece na legislação brasileira.

O capítulo sobre a Política Urbana, constante na Constituição de 1988, refere-se às funções sociais da cidade e da propriedade urbana, uma vez que seu conceito foi devidamente ampliado com a promulgação, em 2001, do Estatuto das Cidades<sup>1</sup>, que impôs a limitação do direito de propriedade em prol do interesse público.

<sup>1</sup> Lei Federal nº10. 257, de 2001.

A política urbana, como forma de assegurar as funções sociais do município, deve garantir aos cidadãos o direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e as futuras gerações.

*A priori* devemos ter em mente dois conceitos básicos, quando falamos do Parcelamento do Solo, indicando a própria categoria e seu significado. Sob a óptica doutrinária, poderão ser avaliados pelo menos os aspectos físicos e jurídicos.

A primeira visão doutrinária, acerca dos aspectos físicos, diz respeito à mera divisão geodésica de um imóvel, e não obstante ao segundo, os aspectos jurídicos, direta ou indiretamente, passa a idéia de divisão da propriedade e o imediato efeito da formação de novos direitos autônomos de domínio sobre as unidades, frutos da divisão.

De fato, é certo afirmar que o parcelamento do solo é a divisão geodésico-jurídica de um terreno, uma vez que por meio dele se divide o solo e, concomitantemente, o direito respectivo de propriedade, formando com isso novas unidades, propriedades fisicamente menores, mas juridicamente idênticas<sup>1</sup>.

O pioneirismo sobre o assunto no Brasil data de 1937, através do Decreto-Lei nº 58, versando o parcelamento do solo de forma indiscriminada e pouco específica, uma vez que regulava a venda dos lotes urbanos e também dos rurais de maneira igual.

O Decreto nº 3.079, de 15-09-1938, surgiu com a finalidade de regulamentar o Decreto-Lei anterior, em razão da natureza jurídica, mas nada acrescentou à matéria.

De 1938 a 1967, portanto há quase 30 anos, os parcelamentos de solo urbano e rural foram levados a efeito sem

nenhum controle ou fiscalização maior por parte das entidades públicas, por falta de uma autorização legislativa que delimitasse atribuições mais eficazes e autorizasse medidas enérgicas junto daqueles que fracionavam lotes de imóveis ao arrepio das exigências mínimas à formação de núcleos habitacionais.

Se o Decreto-Lei nº 58/37 e o Decreto nº 3.079/38 disciplinaram a forma e os requisitos de encaminhamento do parcelamento do solo, por outro lado não contemplaram nenhum tipo de penalização àqueles que descumpriram tais exigências, esvaziando os objetivos que a Lei tentara alcançar, tampouco alinharam quais os compromissos que os loteadores deveriam ter com infra-estrutura e espaços públicos.

Tal situação se arrastou até a edição do Decreto-Lei nº 271, de 28-02-1967, que dispôs sobre o loteamento urbano e a responsabilidade do loteador, entre outras coisas. Esse novo estatuto, a despeito de não atender ainda aos já consumados problemas criados pelos fatores acima indicados, ao menos estabeleceu regras e procedimentos por parte da Administração Pública local – municipal –, tanto no que tange à fiscalização como ao policiamento das atividades dos loteadores, além de bifurcar a idéia de parcelamento do solo<sup>2</sup>.

Importante frisar que, já nesse estatuto jurídico (Dec.-Lei nº271/67), o legislador determinou que, desde a data da inscrição do loteamento nos cadastros municipais, passam a integrar o domínio público as vias e praças e as áreas destinadas a edifícios públicos, bem como outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, como define em seu artigo 4º.

Não obstante, o Decreto-Lei nº 58, de 1937, vigorou por muito tempo sendo que, apenas em 28 de fevereiro de 1967, promulgou-se o Decreto-Lei nº 271, de 1967<sup>3</sup>.

Ao final, a regulamentação jurídica do parcelamento do solo se fez, somente através da legislação urbanística, sob a Lei Federal nº 67/66, revogando grande parte do Decreto-Lei 271 de 1967, e sendo atualmente reconhecida como o referencial jurídico do Parcelamento do Solo, rearticulando e sistematizando de forma mais coerente o assunto. No universo das leis urbanísticas, ela se destaca, primeiramente, por ser a Lei de abrangência nacional, dispondo sobre o Parcelamento do Solo urbano, e, depois, pelo estabelecimento de normas e parâmetros que vieram a nortear e determinar novas posturas nas legislações estaduais e municipais. Além disso, é tida como parâmetro urbanístico do País, no que tange à expansão urbana regular após o ano de 1980, haja vista que determinou uma série de adequações de leis estaduais e municipais.

Isso decorreu em razão de as leis municipais não poderem se opor às leis estaduais e federais, respeitadas as respectivas competências definidas pela Constituição. De forma similar, as Leis estaduais também não podem estar em conflito com a legislação federal, de forma que é vital sua harmonização, respeitando a abrangência territorial de cada competência. Esse Decreto-Lei tratava exclusivamente do parcelamento do solo urbano, sendo

que o parcelamento rural já era objeto da Lei nº 4.506 de 30-11-1964, denominada Estatuto da Terra. Somente em março de 1977, fora apresentado um projeto de lei no Senado Federal, que viria a se tornar a Lei Federal nº 6.766, de 1979.

## O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E A COMPETÊNCIA MUNICIPAL

Como já referimos, a Lei nº 6.766/79 trouxe uma delimitação nova à temática sobre o parcelamento do solo urbano, impondo ao Poder Público importante tarefa na apreciação global de todo o procedimento próprio.

O parcelamento e a ocupação do solo têm como objetivo desenvolver as diferentes atividades urbanas, com a concentração equilibrada dessas atividades e de pessoas no município, estimulando e orientando o desenvolvimento urbano, rural e industrial no município, mediante controle do uso e aproveitamento do solo.

De acordo com as normas gerais da Lei nº 6.766/79, em seu artigo 1º, caberá aos Municípios estabelecer normas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta lei às peculiaridades locais. Também podemos afirmar que a propriedade urbana ficou, pela Constituição Federal de 1988, submetida a esse processo urbanístico.

## LOTEAMENTO E DESMEMBRAMENTO: características e peculiaridades

Sabemos que a lei nº 6.766/79 veio a regular tão-somente o parcelamento do solo urbano, não abordando nada sobre o solo rural, que continua a ser regido pelas normas vigentes estabelecidas pela legislação anterior.

Quando define loteamento, no artigo 2º, a lei ampliou os contornos conceituais anteriormente definidos.

A gleba a que se refere a Lei é aquela porção de terra que não sofreu anteriormente nenhum parcelamento de caráter urbano voltado a edificação, uma vez que o loteamento se constitui num conjunto de glebas e lotes, destinados à edificação urbana.

O instituto do desmembramento parte da existência de uma situação de fato e não de direito, necessariamente. Significa dizer que, para desmembrar um imóvel de outro, o pretendente deverá observar se encontram presentes os requisitos objetivos exigidos, ou seja, existência de vias de circulação reconhecidas publicamente, devendo existir demonstração material deste reconhecimento e a desnecessidade de prolongá-las, ampliá-las ou modificá-las e que este desmembramento tenha por finalidade precípua a edificação.

É claro que as situações de parcelamento de solo clandestino, já consumado em data anterior à entrada de vigência da Lei nº 6.766/79, deverão ser reguladas pela Administração Pública de acordo com suas posturas, inclusive exigindo, se for o caso, equipamentos urbanos, infra-estrutura e áreas de domínio público.

<sup>1</sup> ATHAYDES, Olmiro Gayer, ATHAYDES, Lisete A. Dantas Gayer. *Teoria prática do Parcelamento do Solo*. Ed. Saraiva, 1984.

<sup>2</sup> Art. 1º, §1º. Considera-se loteamento urbano a subdivisão de área em lotes destinados à edificação de qualquer natureza que não se enquadre no disposto no parágrafo 2º deste artigo. §2º. Considera-se desmembramento a subdivisão de área urbana em lotes para edificação na qual seja aproveitado o sistema viário oficial da cidade ou vila sem que se abram novas vias ou logradouros públicos e sem que se prolonguem ou se modifiquem os existentes.

<sup>3</sup> Segundo Athaydes (1984), tratava-se de uma versão distorcida do Projeto de Lei elaborado pelo Professor Hely Lopes Meirelles.

## BIBLIOGRAFIA

- ATHAYDES, Olmiro Gayer, ATHAYDES, Lisete A. Dantas Gayer. *Teoria e Prática do Parcelamento do Solo*. Ed. Saraiva, 1984.  
 DAVIS, Kingsley. *Cidades: a urbanização da humanidade*. Ed. Zahar, 1972.  
 GRAU, Eros Roberto. Loteamento em Área Metropolitana. *Revista de Direito Imobiliário*. Nº 12/julho-dezembro, 1983.  
 MELLO, Celso Antonio B. de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, 1992.  
 MUKAI, Toshio e outros. *Loteamentos e Desmembramentos Urbanos*. Ed. Sugestões Literárias, 1987.  
 SILVA, José Afonso da. *O Município na Constituição de 1988*. ed. RT, 1989.  
 VIANA, Marco Aurélio. *Comentários à lei sobre o parcelamento do solo urbano*. Ed. Saraiva, 1984.  
 Site: <http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/jurisprudencia/id3764.htm>

### 3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

#### A) Obras Doutrinárias

##### 3.2.4.1 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. Método Editora: São Paulo, 2008, 304p.

A obra faz parte da Coleção Professor Rubens Limongi França e conta com prefácios de Arruda Alvim e Pablo Stolze Gagliano.

Segundo explica o autor, a obra pretende discutir a possibilidade de a pessoa jurídica também sofrer danos morais. Todavia, o que torna o trabalho destacado entre as demais doutrinas que versam sobre o assunto reside no viés constitucionalista, renovado e atual, trazido por Pablo Malheiros, acerca do enunciado nº 227 da súmula do STJ. Na verdade, a resposta à indagação “A pessoa jurídica é titular dos direitos da personalidade e pode sofrer dano moral?” passa por três momentos: pesquisa doutrinária, análise jurisprudencial e o estudo crítico dos institutos de acordo com a perspectiva civil constitucional.

No curso de toda a obra, o jurista trabalha muito bem com esses elementos, conferindo ao livro um caráter ao mesmo tempo didático, abrangente, moderno e profundo, para, ao final, chegar à seguinte conclusão:

Afigura-se, portanto, a impossibilidade de as pessoas jurídicas, qualquer que seja a espécie, sofrerem danos morais, exclusivos da pessoa humana, sendo correta a possibilidade de vindicarem danos materiais, pessoas jurídicas com fins lucrativos, e danos institucionais, pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Não há falar em equiparação da pessoa humana e pessoa jurídica, pois, se, realizada, vulnerar-se-á a Constituição Federal de 1988, tendo em vista não serem as pessoas jurídicas titulares dos direitos da personalidade, haja vista possuírem somente proteção jurídica, a ensejar a incorreção do Enunciado 227 do STJ (p. 283).

#### B) Artigos

##### 3.2.4.2 DIDIER JR., Fredie. **Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF**. REVISTA DE PROCESSO. Revista dos Tribunais. São Paulo: nº 158, ano 33, abril de 2008, pp. 279-282.

Nesse artigo, Fredie Didier comenta a notícia divulgada no Informativo nº 496 do STF ao permitir a intervenção do assistente simples na criação de precedente judicial perante o Pretório Excelso. Conforme anotado por Didier Jr:

Admitindo força vinculativa do precedente judicial, notadamente quando proveniente do STF, o tribunal reconheceu a necessidade de se permitir a ampliação do debate em momento anterior à formação da orientação jurisprudencial. Quebra-se, então, um paradigma do processo individual, para ampliar a concepção de interesse jurídico autorizador da assistência simples: em vez de exigir que o assistente simples tenha com o assistido uma relação jurídica vinculada àquela discutida, admitiu-se a assistência em razão da existência de uma relação jurídica de direito coletivo (lato sensu). (p. 280).

Pondera, ainda, o autor que o assistente simples deveria agir como um legitimado extraordinário coletivo, ou seja, deve

se tratar de ente que detenha legitimação para a ação coletiva referente aos direitos individuais homogêneos relacionados ao objeto litigioso do processo individual no qual se intervém. Para o jurista, permitir “a intervenção de *indivíduos* titulares de direito individual semelhante ao que se discute em juízo certamente causaria grande tumulto processual” (p. 280).

Assim, a reestruturação do direito brasileiro no sentido de conceber força vinculativa ao precedente judicial é uma tendência, sendo elogiável, portanto, a postura do STF, pois

[...] como se trata de situação que pode dizer respeito a um sem-número de indivíduos, parece-me realmente que a técnica mais adequada para resolver o conflito entre o direito ao contraditório destes terceiros interessados a fixação do precedente e o direito à duração razoável do processo é, no caso, permitir apenas a intervenção de legitimado à proteção jurisdicional de direito coletivo (lato sensu) (p. 281)

### 3.2.5 Jurisprudência da área

#### 3.2.5.1 TJMG, 15ª Câmara Cível. Reconhecimento de dano moral coletivo pela via da ação civil pública

**EMENTA:** AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - DIREITO DIFUSO - PROPAGANDA ENGANOSA - VIAGENS PARA QUALQUER LUGAR DO PAÍS - DANO MORAL COLETIVO. A propaganda enganosa, consistente na falsa promessa a consumidores, de que teriam direito de se hospedar em rede de hotéis durante vários dias por ano, sem nada pagar, mediante a única aquisição de título da empresa, legi-

tima o Ministério Público a propor a ação civil pública, na defesa coletiva de direito difuso, para que a ré seja condenada, em caráter pedagógico, a indenizar pelo dano moral coletivo, valor a ser recolhido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/85. (TJMG, 15ª Câmara Cível, APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0702.02.029297-6/001, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 23.06.2006, DJ 01.08.2006).

#### 3.2.5.2 TJMG, 4ª Câmara Cível. Tendo em vista a importância do objeto material em litígio, a liminar suspensiva que impede a demolição de imóvel tombado deve ser mantida até o final da demanda

**EMENTA:** DIREITO ADMINISTRATIVO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMÓVEL - TOMBAMENTO - DEMOLIÇÃO - LIMINAR SUSPENSIVA - MANUTENÇÃO. Em se tratando de defesa de patrimônio histórico, qualquer medida judicial, de caráter liminar, tendente a evitar ou suspender obras de demolição ou

de reaproveitamento da área, deve ser mantida, até o deslinde da ação, como forma de privilegiar o inestimável bem cuja defesa é proposta, e a fim de desestimular providências deletérias em áreas adjacentes. (TJMG, 4ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0028.07.014844-1/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 24.01.2008, DJ 28.02.2008)<sup>1</sup>.

#### 3.2.5.3 STJ, 2ª Turma. Uso da ação civil pública para adequar a prestação do serviço público de transporte coletivo

**EMENTA:** ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - TRANSPORTE - PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO ESSENCIAL - INTERESSE DE AGIR, LEGITIMIDADE E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. O caso trata de ação civil pública ajuizada pelo MPSP em face da CPTM, concessionária do serviço público, para adequar o serviço de transporte de passageiros, que, no entender do autor, vinha sendo deficientemente prestado. A sentença julgou parcialmente o pedido, condenando a concessionária a adequar-se, nos termos da sentença, aos serviços que devem ser prestados aos cidadãos. 2. É dever do Poder Público e de seus concessionários e permissionários prestar serviço adequado e eficiente, atendendo aos requisitos necessários para segurança, integridade física, e saúde dos usuários, tudo conforme os arts. 6º, I e X, do CDC c/c 6º da Lei n. 8.987/95. 3. Deste modo, uma vez constatada a não-observância de tais regras básicas, surge o interesse-necessidade para a tutela pleiteada. Vale observar, ainda, que as condições da ação são vistas in satu assertionis (“Teoria da

Asserção”), ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante, na petição inicial. Desse modo, o interesse processual exsurge da alegação do autor, realizada na inicial, o que, ademais, foi constatado posteriormente na instância ordinária. Tudo isso implica reconhecer a não-violação dos arts. 3º e 267, VI, do CPC. 4. No caso dos autos, não ocorre a impossibilidade jurídica do pedido, porque o Parquet, além de ter legitimidade para a defesa do interesse público (aliás, do interesse social), encontra-se no ordenamento jurídico, tanto na “Lei da Ação Civil Pública” (Lei n.7.347/85), quanto na “Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e Normas Gerais para os Ministérios Públicos dos Estados” (Lei n. 8.625/93) e outras, ou mesmo nos arts. 127 e 129 da CF, respaldo para pedir a adequação dos serviços de utilidade pública essenciais. 5. Quanto à alínea “c”, impossível o conhecimento do especial, pois inexistente dissídio jurisprudencial demonstrado, uma vez que os substratos fáticos dos acórdãos apontados como paradigma são diferentes do enfrentado no acórdão recorrido. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (STJ, 2ª Turma, REsp 470675 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 16.10.2007, DJ 29.10.2007, p. 201).

#### 3.2.5.4 TJMG, 11ª Turma. Plano de saúde. Não-fornecimento de medicamentos indicados pelo médico do paciente. Caracterização de cláusula abusiva

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. COBERTURA PELO PLANO. OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO. LEI 9656/98. ART. 12, INC. II “d”. REQUISITOS MÍNIMOS. Somente o médico que administra o tratamento ao paciente segurado mostra-se em condições de verificar se é ou não indicado aplicar o medicamento, no caso

concreto. A Lei n. 9656/98 determina no art. 12, inc. II “d” (com alteração da MP n. 2177-44/2001), como requisito mínimo para oferta de plano ou seguro privado de assistência à saúde, em caso de internação hospitalar, o fornecimento de medicamentos, conforme prescrição do médico assistente, ministrado durante o período de internação hospitalar. (TJMG, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.05.847824-9/003, Rel. Des. Afrânio Vilela, j. 29.11.2006, DJ 13.12.2006).

<sup>1</sup> Material gentilmente encaminhado pelo Coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda.

## 3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

### 3.3.1 A reforma do CPC, o conceito de sentença e o princípio da unicidade do julgamento de mérito

**Maria Angélica Feliciano Barreiros**  
Defensora Pública no Estado de Minas Gerais

#### 1 – Conceito de Sentença e a Reforma Trazida pela lei 11.232/05

O conceito de sentença não possui concepção imutável no tempo e no espaço, ele varia de acordo com o critério adotado em lei processual vigente.

Três são as mais comuns concepções quanto ao conceito de sentença no direito brasileiro:

1) O conceito de sentença é conferido pelo seu conteúdo. Nesse caso o Código determina que sentença será o ato do juiz que contém determinada matéria.

O CPC de 1939 levava em conta o critério conteúdo, o que gerou inúmeras dúvidas quanto ao cabimento da espécie de recurso (por isso havia previsão de fungibilidade recursal).

2) O conceito de sentença é conferido pelo critério topográfico.

Barbosa Moreira diz que o critério adotado pelo CPC de 1974 (antes das recentes reformas) era o topográfico – sentença é o que está no final do procedimento; ato decisório final;

3) O conceito de sentença é conferido pelo critério finalidade.

Nelson Nery Jr. diz que Alfredo Buzaid, no CPC de 74 (também antes das atuais reformas), adotara o critério da finalidade. Ou seja, para saber se é sentença ou não, tem que saber a finalidade do ato, independentemente de o conteúdo ser processual ou material. Se a finalidade é a de pôr fim ao processo será sentença, se decide questão incidente será decisão interlocutória e se dá andamento ao processo é mero despacho.

A lei 11.232/05, ao alterar o art. 162, §1º, acabou por mudar (ainda que formalmente) o conceito de sentença, trazendo outra vez para o nosso ordenamento o critério do conteúdo. Estabelece que sentença é ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269.

Assim, caso a decisão possua como conteúdo matéria constante do art. 267 (sem resolução do mérito) ou do art. 269 (com resolução do mérito) haverá sentença.

#### 2 – O novo conceito de sentença e sua incompatibilidade com o sistema recursal

Gregório Assagra de Almeida (2007) alerta que, antes da alteração trazida pela Lei 11.232/05, havia um conceito de sentença atrelado, de forma congruente, ao sistema recursal, o que não ocorre mais. Ressalta o doutrinador que o problema é que se alterou o conceito de sentença, mas não se alterou o sistema recursal, o que gerou um ponto de estrangulamento gravíssimo

no sistema.

Exemplo desse estrangulamento pode ser encontrado nos casos em que existem várias ações cumuladas e, em relação a um dos direitos alegados, há reconhecimento da decadência. Pergunta-se: Essa decisão trata-se de sentença ou de decisão interlocutória?

Levando-se em conta a redação do art. 169, como trata de conteúdo presente no art. 269, será sentença. Mas, sendo sentença, caberá apelação e isso geraria a paralisação de todo o processo, sem análise das demais questões para que os autos subsistem por completo ao Tribunal.

Tal situação provocaria grande embaraço ao sistema.

Tereza Arruda Alvim e Wambier, diante desse problema criado no sistema processual, diz que o ato será de sentença, mas caberá Agravo por uma questão prática.

Nelson Nery Jr. afirma que se mudou a forma, mas não todo o sistema. Segundo ele, para alterar o conceito de sentença teria que alterar todo o sistema, incluindo aí não só o conceito de sentença mas também o conceito de decisão interlocutória e do sistema recursal. Como não alterou o todo, não se pode dizer que o conceito de sentença foi alterado.

Com isso, para Nelson Nery, hoje, o critério utilizado para conceituar sentença seria o critério misto, ou seja, para verificar a natureza do ato judicial deverá ser analisado o conteúdo e a finalidade do ato, finalidade esta que deve ser a de pôr fim a uma fase processual.

De acordo com Nery, na situação acima apresentada, haverá, na verdade, decisão interlocutória de mérito, em que caberá agravo e não sentença. Isso porque: 1) para ser sentença o ato deverá ter conteúdo e finalidade – o que não teria cabimento; 2) o conceito de decisão interlocutória não teria sido mudado, uma vez que o CPC se limita a dizer, no art. 162, §2º, que decisão interlocutória se trata de decisão que resolve questão incidente, não limitando a lei quanto ao seu conteúdo, eis que poderá, então, haver uma decisão interlocutória com conteúdo processual ou material, sendo este de mérito ou não.

Ainda segundo Nery, a contradição criada com a nova redação do §1º do art. 162 é patente, o que pode ser verificado da leitura do art. 475-M, §3º, que determina que a decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante Agravo de Instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.

Assim, da leitura dos artigos citados, Nelson Nery e considerável parte da doutrina defendem que o CPC continua adotando, concomitantemente ao critério conteúdo, o critério finalidade.

Alguns outros doutrinadores, como Daniel Assunção Neves e Jean Carlos Dias, diante da nova redação do art. 162, defendem que, nas decisões sem resolução de mérito (art. 267), como o artigo fala que *extingue o processo*, para ser sentença terá que observar o conteúdo e a finalidade, que é extinguir o processo (casos das sentenças meramente terminativas ou sentenças processuais). Já quanto às decisões de mérito, como o art. 269 fala em resolução do mérito, sem exigir a finalidade, ou seja, colocar fim à demanda, sempre haverá sentença quando presente estiver o conteúdo do art. 269 na decisão, ainda que não ponha fim ao processo.

### 3 – O princípio da unicidade do mérito

#### 3.1 – A unicidade do mérito, sua adoção e o antigo conceito de sentença

Um princípio que não se tem atrelado às questões acima discutidas e que seria de suma importância fazê-lo é o da unicidade de mérito ou unidade de julgamento do mérito.

Segundo esse princípio, as questões do mérito não poderiam ser apreciadas de forma fragmentada, dividida, sendo necessário que todo o mérito fosse analisado num mesmo momento e este seria apenas o do final do processo (ou, mais tecnicamente falando, quando do exaurimento do grau de jurisdição) e através de sentença.

A unicidade do mérito sempre foi defendida, especialmente por Dinamarco e Marinoni, e aceita em nosso sistema processual, influenciando diretamente em outros conceitos processuais, tal como o de sentença.

Assim, numa interpretação sistêmica do Direito Processual, considerando-se a aplicação da Unicidade do Mérito, é possível verificar que o conceito de sentença não poderia estar vinculado unicamente ao critério finalidade, como defende Nelson Nery e a maioria da doutrina.

Em verdade, o critério adotado antes da lei 11.232/05 era o da finalidade e conteúdo; isto porque concomitantemente ao critério da finalidade (explícito na antiga redação do art. 162) adotava-se o princípio da unicidade do mérito.

Dessa forma, tendo em vista que o mérito só poderia ser apreciado como um todo no ato que colocava termo ao processo (ou termo a uma fase da prestação jurisdicional) e este ato só poderia ser sentença, tem-se que as sentenças deveriam ter o escopo de finalizar uma fase processual e analisar o mérito da demanda que se findava ou as matérias constantes do art. 267.

Os exemplos abaixo demonstram a adoção conjunta dos critérios finalidade e conteúdo para definição de sentença, adotado antes mesmo da reforma:

1) Pedidos cumulados (em que há vários pedidos numa única ação em um único processo) – todos os pedidos deveriam ser apreciados no ato final da demanda<sup>1</sup>;

2) Incidentes processuais (em que se formula uma nova demanda, gerando as ações incidentais autônomas; mais de uma ação em um único processo) – devem ser todos decididos no final

por uma única sentença, como por exemplo a oposição (art. 59 e art. 61), a reconvenção (art. 318) e a declaratória incidental (art. 265, IV e art. 325).

3) Processos incidentais (casos em que há formação de novo processo, mediante a propositura de uma ação) como ocorria com a liquidação de sentença, com a execução, e como ocorre hoje com pedido cautelar – casos em que os processos possuem correlação direta com um outro processo principal, mas que, ainda assim, permanecia a exigência de sua finalização através de sentença com análise das questões constantes do art. 267 ou 269.

Em todos os casos citados, que são as variantes possíveis da ação e do processo dentro da prestação jurisdicional, verifica-se que há exigência de ato formal de sentença para análise de mérito, não podendo este ser analisado por decisão que não termina com a prestação jurisdicional (ou seja, por decisão interlocutória). Assim, não se admitia resolução de mérito sem sentença, bem como finalização de processo (de fase de prestação jurisdicional), com ou sem julgamento de mérito, sem sentença, o que evidencia que toda sentença sempre tratou das questões constantes dos artigos 267 e 269 e exauriu grau de prestação jurisdicional.

Já as decisões interlocutórias, estas sempre resolviam questões incidentais que não finalizavam o processo, mas que também não tratavam do mérito, pois não se admitia que o mérito fosse resolvido fracionadamente.

Dessa forma, o mais apropriado é afirmarmos que o conceito de sentença do CPC de 1974, também antes das reformas de 2005, levava em conta os critérios finalidade e conteúdo para conceituar sentença, e não só o critério finalidade.

#### 3.2 – O Fim da adoção do princípio da unicidade do mérito e o novo conceito de sentença

Outro ponto importante que deve ser observado, e que novamente correlaciona o princípio da unicidade com o de conceito de sentença, é o fato de que mesmo havendo controvérsias quanto ao novo conceito de sentença a partir das alterações trazidas pela lei 11.232 de 2005 é possível verificar que em qualquer delas estar-se-á admitindo hoje, em regra, a possibilidade de divisão do mérito, o que era rechaçado pela maioria da doutrina;

Quando Tereza Arruda Alvim reconhece a existência de sentença de mérito no curso do processo com cabimento de agravo, ou quando Daniel Assunção admite a existência de sentença de mérito no curso do processo com cabimento de apelação ou, ainda, quando Nelson Nery Jr. vislumbra a ocorrência de decisão interlocutória decidindo mérito, em todas essas situações há permissão de decisão de mérito no meio do processo, seja por sentença, seja por decisão interlocutória, não se exigindo mais que o mérito aguarde o ato de finalização de determinado grau de prestação jurisdicional para que seja julgado. Isso retrata claramente o fim da aplicação do princípio da unicidade no processo brasileiro.

Sobre o afastamento do princípio da unicidade, Jean

<sup>1</sup> Não aprofundaremos aqui a discussão da natureza do §6º do art. 273. Basta esclarecer que muitos já começavam a identificar neste dispositivo uma quebra da Unicidade de Julgamento; Marinoni, entretanto, fiel ao Princípio da Unicidade, diz que como o juiz não pode julgar o mérito de forma fracionada deverá conceder Tutela Antecipada naquilo que é incontroverso.

Carlos Dias afirma que com as reformas a teoria da unicidade de julgamento ou da unidade da sentença, não encontra mais respaldo no nosso ordenamento e que os art. 459 e 458, II do CPC, antes utilizados como óbice ao fracionamento, em nada impedem que este ocorra. Contudo, apesar de verificar a possibilidade de cisão na decisão dos pedidos realizados, diz que é importante observar três restrições:

1) Só é possível o julgamento cindido se os pedidos formulados forem efetivamente autônomos;

2) O julgamento parcial só pode ocorrer se o pedido estiver maduro (lembrando que a maturidade da causa se afere pela necessidade ou não de instrução probatória; é maduro o pedido que é unicamente de direito ou, se de direito e de fato, for aquele demonstrado por meio pré-constituído).

3) As decisões de parte do mérito, a despeito de serem consideradas sentenças, não deverão ser consideradas terminativas, pois insuscetíveis de gerar o “fim do processo” (exaurimento do grau de jurisdição), nos moldes do que ocorre com o Processo Civil Italiano;

#### 4 – Uma nova visão do atual conceito de sentença e sua compatibilização com o sistema recursal

Tendo em vista o afastamento do princípio da unicidade, que vem sendo aceito com certa tranquilidade e que influencia diretamente na conceituação dos institutos da sentença e da decisão interlocutória, faz-se necessário uma releitura do conceito de sentença.

Essa releitura visa, além de estabelecer uma leitura sistêmica do ordenamento compatibilizando o conceito de sentença com o afastamento do princípio da unicidade do mérito, trazer novamente congruência entre o sistema de provimentos e o sistema recursal, a fim de evitar problemas futuros e discussões intermináveis.

O legislador sinaliza que adotou para conceituação de sentença o critério conteúdo, mas percebemos que o sistema recursal não foi compatível com este critério. Assim ou se permite uma incompatibilidade entre esses sistemas – caso em que caberia agravo de uma sentença – ou modifica-se a idéia do critério adotado para sentença.

Alguns doutrinadores, como exposto anteriormente, estão afirmando que há: 1) critério finalidade e conteúdo nas situações em que não se resolve mérito; 2) critério apenas do conteúdo nas questões de mérito; mas de acordo com estes conceitos a incoerência entre os sistemas de provimentos e o recursal permaneceria, gerando, entre outras, a polêmica possibilidade de cabimento de agravo para uma decisão de mérito, como nos casos de decisões de liquidação e de impugnação.

Para evitar o conflito entre o sistema de provimentos e o recursal, ter-se-ia, ao meu ver, apenas duas soluções:

1) Adotar para a conceituação de sentença apenas o critério finalidade:

Hoje, tendo em vista o afastamento da unicidade do mérito, poder-se-ia ter adotado para sentença o critério único da finalidade: colocar fim ao processo.

Nesse caso teríamos decisões interlocutórias decidindo

mérito e coerência com o sistema recursal:

a) extinguiu o processo, com ou sem resolução de mérito: existência de sentença, com cabimento de apelação;

b) decisão proferida sem extinção do processo, resolvendo ou não o mérito: existência de decisão interlocutória, com cabimento de agravo;

2) Adotar a posição de Nelson Nery Jr., seja nas situações que não resolvem o mérito (art. 267) como nas que resolvem (art. 269), opta-se pela união do critério finalidade e conteúdo.

a) extinguiu o processo, nos casos dos artigos 267 ou 269: existência de sentença, com cabimento de apelação;

b) não extinguiu o processo, ainda que trate de matéria do 269: existência de decisão interlocutória, com cabimento de agravo.

Importante salientar que, em qualquer das duas hipóteses, para se compatibilizar o sistema de provimentos com o sistema recursal não haverá adoção da letra da lei.

E, apesar de se inferir da letra da lei que o legislador adotou apenas o critério conteúdo, ao menos nos casos em que há resolução de mérito, os casos trazidos pela própria lei afastam esta afirmativa. Isto é o que se verifica das seguintes situações trazidas pelo CPC:

Decisão que resolve liquidação – trata-se de decisão que possui conteúdo, mas que não extingue o processo; segundo o critério conteúdo deveria ser aplicável o recurso de apelação, mas o CPC impõe o agravo (art. 475-H);

Decisão que resolve impugnação – seguindo o conceito do art. 162, da decisão que resolve a impugnação, pondo ou não fim ao processo, deveria ser cabível o recurso de apelação pois possui conteúdo, mas o Código previu que caberá agravo quando não importar em extinção da liquidação e apelação quando a execução for extinta (art. 475-M, §3º);

#### 5 – Conclusão

De todo o exposto podemos verificar como é importante a inter-relação dos institutos processuais, de modo que a adoção de um princípio ou instituto é capaz de alterar outros conceitos processuais, como ocorre com o princípio da unicidade que ao ser aplicado ou afastado influencia diretamente nos critérios de conceituação de sentença e decisão interlocutória refletindo, com isto, em todo o sistema recursal do Direito processual brasileiro.

Ademais, verificamos ainda que toda reforma legislativa tem que ser devidamente estudada antes de ser efetivada sob pena de verificarmos um atraso jurídico ao invés de uma evolução legislativa e procedimental, já que confusões conceituais criam conflitos abomináveis para o nosso sistema.

Temos ainda os entendimentos doutrinários de que antes da alteração no art. 162, processada pela lei 11.232/05, o conceito de sentença era fornecido com base na localização topográfica do ato, na finalidade do ato ou na finalidade e conteúdo do ato, neste caso em se levarmos em conta a adoção conjunta da finalidade do ato de sentença com o princípio da unicidade do mérito.

Após a reforma é possível verificar que formalmente o legislador passou adotar o critério conteúdo para a definição de

sentença, mas este conceito contradiz com outras disposições alteradas pelo mesmo legislador, além de gerar incompatibilidade entre o sistema de provimentos e o sistema de recursos, o que pode criar em determinadas situações graves pontos de estrangulamento do sistema processual.

Numa tentativa de compatibilizar os sistemas e afastar

crises processuais pode-se atualmente adotar dois critérios para a definição de sentença, quais sejam, o critério único da finalidade ou o critério misto proposto por Nelson Nery, da finalidade e do conteúdo, lembrando que para tal adoção o princípio da unicidade de mérito deve ser afastado, o que já vem sendo aceito por grande parte da doutrina.

## 6 – Bibliografia

ASSAGRA, Gregório. 1ª Vídeo-Conferência do Ministério Público de Minas Gerais. **Reforma do Código de Processo Civil**. Belo Horizonte, 10 e 11 de maio de 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Org. Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005. Altera o Código de Processo Civil e estabelece as **Fases de Cumprimento de Sentença**. Diário Oficial da União. Brasília, 22 de Dezembro de 2005.

DIAS, Jean Carlos. A Reforma do CPC e o Fim da teoria da Unidade da Sentença – Lei 11.232/05. **Revista Dialética de Direito Processual**. n° 40. jul/06. São Paulo: Oliveira Rocha, 2006.p.79-84.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. V. III. São Paulo: Malheiros, 2002, p.668, *in* Dias. Op. Cit. pág. 82.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

### 3.3.2 Convenção de Condomínio

A existência de propriedade comum, ou seja, a existência de qualquer modalidade de condomínio, por si só, é geradora de inúmeros conflitos. Neste sentido, a solução mais correta para a convivência harmônica foi a instituição de uma convenção de condomínio que vise a assegurar a existência de normas de direitos e obrigações entre as partes condominiais.

Deverá esta, ser pactuada por escrito e constitui lei interna de observância obrigatória não só para todos os condôminos proprietários, mas para todos os seus ocupantes e pessoas a eles vinculadas, tais como empregados, visitantes, familiares, amigos. Não obstante o caráter particular de suas disposições, a convenção de condomínio tem força obrigatória.

A convenção de condomínio, que deverá ser aprovada por, no mínimo dois terços das frações ideais, poderá ser formalizada por instrumento público ou particular. A lei não impõe qualquer formalidade, salvo a necessidade do registro imobiliário no qual deverão ser averbadas até mesmo as eventuais alterações. Assim, para que a convenção de condomínio tenha eficácia contra terceiros, ou seja, eficácia *erga omnes*, é imprescindível que seja registrada no Cartório de Registro de Imóveis, conforme previsto no parágrafo único do artigo 1.333 do Código Civil.

A vontade criadora da convenção é, portanto, originada da massa condominial que, mediante a formalização de instrumento, perpetua a sua própria vontade, gerando um ato jurídico perfeito.

Nessa linha, embora a convenção de condomínio derive de uma declaração de vontade e tenha caráter normativo, ela não poderá contrariar a lei, sob pena de suas disposições serem declaradas nulas. Assim, a convenção condominial não poderá contrariar, ainda que implicitamente, a Lei 4.591/64, as normas gerais do Código Civil, assim como os usos e costumes.

### Renato Libânio da Silveira Santos

*Sub. Oficial de Registro de Imóveis de Alfenas-MG*

Com relação ao caráter normativo, ressaltamos que é pacificamente reconhecido pela doutrina.

De acordo com J. Nascimento Franco, a convenção de condomínio se situa hierarquicamente acima de toda e qualquer outra norma interna, tais como o regulamento interno, decisão da assembleia, resolução do conselho consultivo, dentre outras modalidades normativas. Desta forma, todas as demais disposições que forem pactuadas pelos condôminos somente terão eficácia quando se submeterem à convenção e nunca quando com ela conflitarem.

Inseridos na convenção de condomínio, destacam-se dois órgãos fundamentais: a administração, cuja função é executiva e a assembleia dos condôminos, cuja função é deliberativa.

A administração do condomínio é feita pelo síndico, escolhido em assembleia, eleito pelo prazo de dois anos, permitida a renovação, conforme art. 1.337 do Código Civil. O síndico, sobre sua responsabilidade, na condição de administrador do condomínio, deverá contratar prepostos para melhor desempenho de sua gestão e, permitindo a convenção, poderá transferir os poderes de representação ou até mesmo de funções administrativas.

A aprovação da convenção de condomínio acarreta a obrigatoriedade de suas disposições, podendo o próprio condomínio edilício exigir, inclusive, o respectivo cumprimento forçado mediante a provocação do Poder Judiciário.

Sem prejuízo da estipulação de outras normas que atendam a realidade condominial, a lei, mais especificamente os artigos 1.332 e 1.334 do Código Civil, traz algumas matérias que a convenção de condomínio deve obrigatoriamente disciplinar.

A convenção de condomínio deverá tratar ainda sobre a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva e das partes comuns, a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade autônoma, relativamente ao terreno e

partes comuns e, por último, o fim a que tais unidades se destinam, haja vista que poderá ser residencial, comercial, lazer, entre outros.

Embora não haja imposição legal, pode a convenção de condomínio estipular a forma e o quórum exigido para as alterações de seu próprio texto, sendo que, em caso de omissão, o número de presentes exigido é de dois terços. Isso porque conforme ensina Rodrigues (2002):

A Convenção deve prever também a forma e o quorum para as alterações de seu próprio texto. Caso, porém, nada se tenha estipulado, as alterações deverão ser feitas por voto mínimo de condôminos que representem dois terços das frações ideais e em assembléia geral extraordinária. Essa norma é meramente supletiva, pois a convenção pode fixar quorum menor.

Frisamos, por conseguinte, que a convenção de condomínio representa todo o aparato regulador das condutas e comportamentos dos condôminos. Nesse sentido, a convenção pode ser amparada pela lei e, resguardando direitos e deveres legalmente impostos aos condôminos (artigos 1.335 e 1.336, do Código Civil), impor restrições e estipular sanções referentes à conduta interna.

#### Bibliografia

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, V.5, Direito das coisas**. 27. ed. rev. e ampl. De acordo com o novo Código Civil (lei nº10.406, de 10/01/2002) São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO, J, Nascimento. **Condomínio**: 3. ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais

MELLO NETO, João Alfredo. **Manual Teórico e Prático do Condomínio**. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide 1996

FILOMENO, José Gerlido Brito. **O Código Civil e suas Interdisciplinaridades**: Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2004

As sanções pactuadas na convenção de condomínio assumem papel primordial porque o descumprimento obrigacional entre os condôminos deve ser punido para que todos possam viver em harmonia (FILOMENO, 2004).

Verificam-se, assim, que os condôminos, conforme a sua necessidade e as suas possibilidades reais, podem pactuar a dimensão da responsabilidade civil do condomínio edilício, haja vista que a lei apenas traz os delineamentos genéricos.

Outro aspecto a ser destacado diz respeito à possibilidade de a convenção de condomínio estar maculada com defeitos que justifiquem a sua anulação ou até mesmo a sua nulidade. Nessa hipótese, é importante esclarecer que as disposições que não estiverem eivadas de qualquer vício do negócio jurídico deverão ser conservadas. Este é um princípio que pode ser aplicado a todos os negócios jurídicos e não apenas à convenção de condomínio.

Desta feita, conclui-se que, com o aumento das aglomerações urbanas bem como o crescimento vertical das cidades, haja vista valorização econômica e imobiliária, a convenção de condomínio veio para dirimir os atuais conflitos ocasionados pela convivência social. Ao passo que se pactuada e registrada no cartório de registro de imóveis e não contrariando lei, deverá ter observância obrigatória, não apenas aos moradores, mas às pessoas a eles vinculadas.

### 3.3.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

#### A) Obras Doutrinárias

##### 3.3.3.1 BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental.** Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006, 156p.

O Professor Doutor Lucas Abreu Barroso é um dos grandes especialistas do direito civil e do direito agrário na atualidade.

Nessa bela obra prefaciada por Francisco Amaral, Lucas Abreu analisa uma sempre presente discussão em torno da sociedade contemporânea: os imperativos de proteção ambiental e o crescimento econômico. Diz o autor:

A sociedade tecnológica, irrompida no limiar da pós-modernidade, concretiza, portanto, a degradação ambiental como produto da ciência e da tecnologia. Outrossim, os instrumentos jurídicos, existentes, restam ineficazes para

a maior parte dos casos concretos postos para apreciação pelo Direito.

Destarte, a propositura do estudo em tela justifica-se na medida em que pretende lançar novos contornos à teoria da responsabilidade civil em matéria ambiental, com destaque no fundamento da obrigação de indenizar e no critério de valoração da determinação da responsabilidade (p. xi).

Assim, vale a pena consultar a obra com a finalidade de se obter uma visão oxigenada e crítica a respeito do tema, notadamente também pela sua abordagem constitucionalista e remissão da matéria no direito comparado.

#### B) Artigos

##### 3.3.3.2 FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública em matéria ambiental.** Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: nº 58, janeiro de 2008, pp. 52-60.

A autora, além de Advogada da União, é também Mestre em Direito Público pela Universidade d Lusíada de Lisboa.

No presente artigo, a autora faz uma breve resenha sobre a principiologia básica acerca da lei da ação civil pública e do direito ambiental. Em seguida, sustenta que a recente inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados da ação civil pública foi medida que prestigiou o acesso à justiça especialmente da grande parcela da sociedade civil que não tem condições econômicas para arcar com os custos do processo.

No que tange à defesa do meio ambiente, Maria Augusta defende a legitimidade da Defensoria Pública quando esta agir representando associações, ONG's ou mesmo um grupo de indivíduos carentes que não possuam recursos hábeis para a condução do processo. Para tanto, traz inclusive precedente

do STF nesse sentido. E mais: pondera acerca da possibilidade de um indivíduo sozinho – desde que carente – também poder ajuizar ação civil pública, por meio da Defensoria Pública, na defesa do meio ambiente, com a ressalva de que tal legitimação precisa de um tratamento legal mais aprimorado (*de lege ferenda*) “para permitir o ingresso não só de indivíduos necessitados, mas também de qualquer cidadão” (p. 60). Por fim, a autora arremata dizendo:

Conclui-se, então, que a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública representa um importante avanço no sentido de ampliação do acesso à justiça, tanto aos indivíduos (isoladamente ou em grupo) necessitados, como às associações ambientalistas carentes, diminuindo, sob este aspecto, a influência do poder econômico na solução de conflitos jurídico-ambientais, tornando-se mais uma conquista no sentido da concretização de um estado de ambiente democrático. (p. 60).

### 3.3.4 Jurisprudência da área

#### 3.3.4.1 STJ, 3ª Turma. *Intervenção do Ministério Público mesmo diante da ausência do interesse público direto. Relevância social do julgamento final da lide que pode ensejar a participação do órgão ministerial*

**EMENTA:** PROCESSO CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA EMPRESA PÚBLICA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Embora, em regra, o valor econômico da causa proposta contra empresa pública não reclame a presença do Ministério Público no feito, a análise das peculiaridades do caso concreto autorizam concluir que o resultado final do

julgamento poderá ter relevância social suficiente a justificar a intervenção do órgão ministerial. Isso porque, mesmo que se entenda ausente o interesse público direto, sua presença reflexa é incontestável. Agravo não conhecido. (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 745739 / RJ, Rel. Min. Castro Filho, j. 21.06.2007, DJ 27.08.2007, p. 224).

#### 3.3.4.2 TJMG, 10ª Câmara Cível. *Responsabilidade da instituição financeira pela entrega de talonário de cheque*

**EMENTA:** AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - EXTRAVIO DE TALONÁRIO DE CHEQUES - CULPA 'IN VIGILANDO' - PROVA DA ENTREGA POR CARTÃO MAGNÉTICO E UTILIZAÇÃO DE SENHA PESSOAL - ÔNUS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - COMPENSAÇÃO INDEVIDA - AUSÊNCIA DE CONFERÊNCIA DA ASSINATURA - DANOS MATERIAIS DEVIDOS - DANOS MORAIS DEVIDOS - ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. É da responsabilidade da Instituição Financeira zelar pela entrega dos

talonários de cheque somente à pessoa autorizada a recebê-los, respondendo, em caso de eventual falha, por 'culpa in vigilando', pela negligência de seus funcionários. O valor da indenização deverá ser arbitrado procurando-se compensar os sofrimentos experimentados pelas vítimas e, ainda, punir os infratores pelo dano causado, sem permitir, entretanto, o enriquecimento ilícito da outra parte. Apelação não provida. (TJMG, 10ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0024.04.304119-3/001, Rel. Des. Pereira da Silva, j. 14.08.2007, DJ 24.08.2007).

#### 3.3.4.3 TJMG, 2ª Câmara Cível. *Impossibilidade jurídica do pedido de retificação do registro diante do reconhecimento da filiação socioafetiva*

**EMENTA:** Apelação cível. Ação de anulação de registro civil. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Registro de nascimento. Nome do genitor. Prova ulterior de erro essencial ao ser declarado o nascimento. Preponderância da paternidade socioafetiva sobre a biológica. Recurso provido. 1. A possibilidade jurídica do pedido consiste em existir, abstratamente, na ordem jurídica, tutela jurisdicional para o conflito de interesses levado ao Poder Judiciário. 2. Existente previsão para invalidar ato ou negócio jurídico eivado do vício de erro essencial, afas-

ta-se a alegada carência de ação. 3. Em princípio, o registro de nascimento deve espelhar a verdade quanto aos genitores biológicos do registrando. 4. Entretanto, se o registrando é menor, deve prevalecer a paternidade socioafetiva, constatado o erro essencial, sobre a biológica. Atingida a maioridade, o filho decidirá qual das duas preferirá. 5. Apelação conhecida e provida, rejeitada uma preliminar. (TJMG, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0021.05.930746-8/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 18.10.2005, DJ 11.11.2005).

#### 3.3.4.4 TJMG, 4ª Câmara Cível. *As manifestações do Ministério Público não precisam ser sempre datilografadas ou digitadas. Direito de se manifestar por simples cota nos autos do processo*

**EMENTA:** DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MINISTÉRIO PÚBLICO - MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS - COTA MANUSCRITA - INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL - ORDEM DE DESENTRANHAMENTO - AUSÊNCIA DE SUSTENÇÃO LEGAL - MULTA - SANÇÃO INDEVIDA - RECURSO PROVIDO. - Não havendo dispositivo legal que impeça que representante do Ministério Público lance cotas manuscritas nos autos, mostra-se insustentável a decisão que determina o desentranhamento da cota e ainda impõe multa à sua subscriptora.

11/16) do MM. Juiz de Direito da 2ª. Vara Cível da comarca de Araguari, que, nos autos da falência de Ótica Irmãos Vieira Ltda, determinou que a cota lançada à fl. 415 dos autos originais fosse desentranhada, e ainda impôs, à sua subscriptora, multa no valor de meio salário mínimo.

A jurisprudência apresentada pelo digno magistrado faz referência a Advogados, e não a Promotores de Justiça.

(...)

Considerando o alto número de feitos onde é chamado a se manifestar, o Promotor de Justiça não pode ser obrigado a lançar manifestações sempre datilografadas, e passá-las pelo protocolo. Pode, sim, se manifestar diretamente nos autos, como se faz em diversas comarcas e em variados feitos, inclusive neste Tribunal,

(...)

Cuida-se de agravo de instrumento (fls. 02/08) aviado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra decisão (fls.

por doutos Procuradores de Justiça.

E como fazem, também, Juízes e Desembargadores.

Nem era preciso mencionar a Lei Complementar número 34, referida à fl. 04.

Ninguém pode ser obrigado a escrever à máquina, à mão, ou por computador. O que se exige é que o que se escreve possa ser lido e compreendido.

Pouco importa que estejamos no século XXI, ou que estivéssemos no Século XX ou XIX. No caso, o que importa é que o processo ainda é escrito, e o que nele se escreve deve ser legível. Nada mais.

Quando vir o processual virtual, ou computadorizado, que assim se faça, e que se editem leis regulando sua formação. Por enquanto, vale o Código de Processo Civil; hoje, o processo ainda é escrito; e o que se exige é a legibilidade e a pertinência do que se escreve.

A peça de fl. 415 é legível em sua totalidade. Não há uma palavra, sequer, ilegível.

A data - se 10 ou 11 - é irrelevante, e não desvalida o documento.

O que dizer dos despachos de juízes onde se lança “data supra”? São nulos? Têm sido desvalidados?

Não vi, nestes autos, uma razão prática sequer para motivar a decisão recorrida. O que não se pode é colocar a forma acima da rapidez que se espera na tramitação de um processo.

Não se confunda autoridade do juiz, que decide, com ordem do juiz, que só pode ser dada em casos específicos, e a pessoas consideradas, pelas circunstâncias, subalternas.

Dou provimento ao agravo, para cassar a decisão recorrida. **(TJMG, 4ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0035.98.004514-6/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 06.12.2007, DJ 13.12.2007)**<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Material gentilmente encaminhado pelo Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais Doutor Vítor Inácio Peixoto Parreiras Henriques.

<sup>1</sup> Material gentilmente enviado pela Exma. Sra. Desembargadora Maria Berenice Dias (TJRS).

## 3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

### 3.4.1 A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas

**Márcia Martini**

*Advogada, Superintendente de Integração das Políticas de Direitos Humanos na Subsecretaria de Direitos Humanos de Minas Gerais e pós-graduanda em “Segurança Pública e Direitos Humanos” pela Escola Superior Dom Helder Câmara.*

*“O sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos.”*  
Rusche e Kirchheimer<sup>1</sup>

#### 1. Quem punir e por que punir?

O controle social contemporâneo apresenta-se sob nova roupagem, com a introdução de métodos sofisticados de monitoramento e fiscalização, mas mantém inalterados objeto e objetivo, desde os idos da Idade Média.

Modernos aparatos tecnológicos, tais como câmeras, identificadores digitais e de íris, vídeos e detectores de metais convivem, pacificamente, com a ideologia medieval de segregação e punição das classes redundantes. O “armazenamento dos refugos do mercado”, segundo a significativa expressão de Wacquant (2003, p.33), continua a ser realizado com a mesma indiferença para com os aspectos sociológicos da transgressão, e cada vez mais abundantemente. São os párias, os deserdados, os parasitas, os lúmpens, os perigosos, os réprobos, os inimigos, os desamparados moral e socialmente, em uma palavra, os pobres. São eles os portadores da periculosidade ficta. É sobre eles que recai a fúria persecutória do Estado. É em torno destas pessoas que se deve estabelecer um cordão de isolamento, de forma a promover a higienização social.

Mas a prisão não se dirige particularmente aos indivíduos infratores, e sim a grupos sociais previamente definidos, configurando-se em “cárcere atuarial”, na expressão cunhada por Vera Malaguti Batista (2006, p.7). Trata-se, portanto, de manter posição inalterada nos programas de reforma do controle social penal para a manutenção da clientela aprioristicamente considerada perigosa, de acordo com os cálculos de probabilidades e análise de riscos<sup>2</sup>.

Não bastando a segregação, é preciso amalgamar a infração cometida ao corpo e à alma do desviante, estigmatizando-o, para que se atinja o caráter dissuasório da correição. Marcado pela cicatriz, aquele que milagrosamente sobrevive às atrocidades das masmorras encontra a maldição derradeira revelada pela condição de ex-presidiário, o que equivale a uma condenação perpétua à marginalidade.

Os objetivos do encarceramento em massa vão da repressão e do saneamento social ao diversionismo político, passando pela ideologização da convivência harmônica por meio da subordinação ao poder. A retirada do convívio coletivo reforça o dualismo maniqueísta entre a liberdade dos bons e o isolamento

dos maus, ao tempo em que solidifica a autoridade do sistema penal, ocultando as suas próprias contradições. Por outro turno, em manobra diversionista, o Estado omisso quanto às suas responsabilidades sociais legitima-se perante a sociedade através do simulacro de salvador, quando persegue e encarcera as vítimas da sua omissão e imuniza as elites.

O controle social repressivo, que tem sua expressão máxima no encarceramento em massa dos indivíduos considerados anti-sociais, aparece, assim, no contexto político da luta de classes das sociedades modernas, marcado pelo fracasso dos objetivos ideológicos de repressão da criminalidade e de correção do delinqüente e do êxito dos objetivos reais de gestão diferencial da criminalidade como tática política de submissão (Foucault, 1997, p. 228-239).

#### 2. Criminalização primária: a seletividade da norma penal

Em tese, a norma penal alcança todas as pessoas indistintamente, pois se alicerça no pressuposto de que o objetivo do direito penal é promover a segurança jurídica de bens, interesses e valores socialmente relevantes. As normas penais protegeriam, assim, as normas sociais coletivamente priorizadas, de forma a infligir punição pelo seu descumprimento, sem levar em conta as características geográficas, étnicas, sociais ou outras idiosincrasias do agente transgressor.

Entretanto, a própria gênese da norma penal – ou seja, o processo legislativo – já aponta para um direcionamento dos seus destinatários. A representação política é visivelmente voltada aos interesses dos grupos dominantes e não espelham anseios coletivos, especialmente os das classes subalternas.

Neste cenário, a qualidade e a quantidade da pena refletem o comprometimento do legislador para com os interesses dos grupos políticos e socioeconômicos que representa e visam, precipuamente, à salvaguarda e à ampliação das condições de influência de tais grupos.

A nossa legislação ordinária e especial é rica em demonstrações de seletividade da norma penal. À guisa de exemplo, tem-se a disparidade entre as penas previstas para os crimes contra

<sup>1</sup> Rusche, G e Otto Kirchheimer. *Punição e Estrutura Social*. Coleção Pensamento Criminológico, v.3, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p.282.

<sup>2</sup> Sobre atuarialismo, ver Jock Young, *A Sociedade Excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Coleção Pensamento Criminológico, v.7, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p.105-108.

o patrimônio público e o privado. O crime de roubo é punido muito mais severamente do que o de sonegação fiscal, levando à conclusão de que, para o conjunto da sociedade brasileira, subtrair uma carteira mediante grave ameaça é mais gravoso do que sonegar milhões em impostos, ainda que o roubo da carteira apresente à vítima somente prejuízos materiais, enquanto a sonegação pode ceifar inúmeras vidas, por subtrair recursos que seriam aplicados em políticas públicas.

O diferencial da mensuração da pena é definido pelo dualismo da figura do agente transgressor da norma: pobre rouba; rico sonega. Isto se deve ao fato de que o sistema de valores embutido na lei penal abriga, conforme leciona Baratta (2002, p.177), “o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado”.

O interesse público tutelado não é o da coletividade, mas o das classes que financiam as campanhas eleitorais dos parlamentares, que fazem lobbies para a aprovação de leis que os beneficiam e que legitimam seus interesses minoritários através dos meios de comunicação.

A criminalização primária constitui-se, assim, na instrumentalização do controle das classes subordinadas, ao contemplar os tipos penais e o quantum das penas que lhes são cominadas, tendo como referencial a manutenção do *status quo* das classes dominantes.

Neste contexto, a legislação produzida a partir do “populismo penal”, que criminaliza novas condutas e recrudescer penas de crimes existentes, ainda é a forma mais rápida de satisfazer as demandas pelo retrocesso penal, embora confirmadamente ineficaz. Com efeito, a Lei dos Crimes Hediondos tomada como exemplo demonstra, às escâncaras, a irrelevância da “pedagogia do medo”<sup>3</sup> como mecanismo profilático da criminalidade.

### 3. Criminalização secundária: a seletividade do sistema de justiça criminal

Uma vez estabelecidas as condutas típicas e suas respectivas retribuições punitivas, cabe às instâncias formais de controle a aplicação da lei. É neste momento que se dá a criminalização secundária, realizada por meio das ações e reações dos diversos atores relacionados com o crime (Polícia, Ministério Público, Judiciário, imprensa etc.).

De acordo com Orlando Zaccone (2004, p.184), a criminalização secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que se desenvolve desde a investigação policial até a imposição e a execução de uma pena e que, necessariamente, se estabelece através de um processo seletivo”.

Durante as várias etapas da criminalização secundária percebe-se uma espécie de triagem daqueles considerados “merecedores” da aplicação da lei.

No vasto cenário da criminalidade, as forças policiais abordarão mais facilmente as pessoas que apresentam o estereótipo de potenciais criminosos forjado pelo senso comum, ou seja, os negros, os mendigos, os homossexuais, as profissionais do sexo e, fundamentalmente, os despossuídos. A imprensa noticiará com mais assiduidade os delitos patrocinados por integrantes das classes perigosas, sobretudo se a vítima ocupar posição social

significativa, até gerar uma equação na qual “opinião pública = opinião publicada”; o Ministério Público inevitavelmente oferecerá denúncia em casos de grande repercussão; o Judiciário, mediante a constatação dos requisitos formais, satisfará o clamor popular pela realização de justiça, proferindo a reclamada condenação.

Retomando o exemplo do roubo do relógio e da sonegação fiscal, tem-se, portanto, que o autor do roubo, além de ser contemplado com pena abstrata maior que a do sonegador, apresenta chances infinitamente maiores de ser selecionado pelo sistema de justiça criminal.

A criminalização secundária, da mesma forma que a criminalização primária, se pauta pelo foco da ação repressiva: os segmentos sociais marginalizados. Todavia, guarda em si, também, a responsabilidade de manter a viabilidade do sistema penal, contendo a demanda exponencial das ocorrências criminosas existentes, tarefa a cargo principalmente das forças policiais.

Nas palavras de Zaccone (2004, p.184), “não é possível ao sistema penal prender, processar e julgar todas as pessoas que realizam as condutas descritas na lei como crime e, por conseguinte, opta entre o caminho da inatividade ou da seleção”.

O modelo reativo de segurança pública que vige no Brasil alia-se às agências policiais na consecução da seletividade. É característica deste modelo a intervenção após a ocorrência do crime, o que pressupõe que o agir policial só se verifica quando e se a comunicação do crime se efetivar. Ora, sabe-se que determinadas condutas criminosas, tais como os crimes sexuais, se perpetuam em nossa sociedade sob o manto do sigilo e da consequente impunidade e produzem vítimas invisíveis a mancheias. Também contribui para a subnotificação o descrédito das agências executivas do sistema penal, sobretudo as forças policiais, não raras vezes, delas próprias, a autoria do delito. Assim, a chamada “cifra obscura” (dark rate), índice que mede o número de casos não comunicados à polícia, é expressivamente alta, produzindo uma seletividade natural mesmo sem a intervenção do agente (Rolim, 2006, p.40).

Para além da “cifra obscura”, verifica-se que as taxas de crimes não solucionados – “taxa de atrito” – são bastante significativas, o que faz inculcar no imaginário coletivo, com a relevante contribuição da mídia, a sensação de que as condutas anti-sociais e, por conseguinte, seus autores, – os “perigosos” – permanecem impunes. Tal fato reclama das forças policiais melhorias espasmódicas de desempenho, gerando o aumento da quantidade de selecionados, numa relação viciosa e viciada que se retroalimenta.

### 4. Conclusão

As únicas políticas públicas que parecem alcançar as classes vulneráveis são a repressão, o confinamento e o extermínio. Esse verdadeiro exercício de “cidadania negativa” obstaculiza a conscientização, mobilização e organização popular para um maior tensionamento em busca da efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>4</sup>, favorecendo a manutenção do poder hegemônico.

O cenário descrito é intensificado pela fragmentação so-

<sup>3</sup>A expressão é de Olga Mingot.

<sup>4</sup>Batista, Nilo. *Fragmentos de um Discurso Sedicioso in* Discursos Sediciosos-Crime, Direito e Sociedade. ano 1, nº. 1, Rio de Janeiro: Relume-Dumará Editores, 1996, p.72.

cial, consubstanciada em grupos que não se reconhecem, numa clivagem gerada pelo fenômeno que Jock Young (2002, p.33-34) chamou de “insegurança ontológica”, em que o individualismo se sobrepõe à pluralidade e o questionamento pulveriza as certezas. Numa perspectiva de formação de sujeitos individualistas, a cultura da desnecessidade do outro (alter) se potencializa.

Fato é que o controle social, cujo verdadeiro espírito objetivo contemporâneo é a resposta penal penitenciária, tem atuação prolífica no espaço de disjunção entre uma miríade de segmentos sociais que não se perfilham, o que faz com que a violação do direito de um não atinja todo o corpo social. Ao revés, a sociedade nega sua relação ontológica com o transgressor, pois este integra uma condição de ruptibilidade do contrato social da qual o inconsciente coletivo quer se desvencilhar.

É neste contexto de imobilismo e sob o signo da volúpia punitiva que se instaura a seletividade penal como instrumento de controle das classes perigosas, reverberando, *intra murus*, a mesma exclusão praticada pela sociedade e pelo mercado.

Insiste-se em um modelo de sistema de justiça criminal

#### Referências bibliográficas:

- BARATTA, A. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3 ed. Coleção Pensamento Criminológico, v.1, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BATISTA, N. *Fragmentos de um discurso sedicioso in Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade*. ano 1, n° 1, Rio de Janeiro: Relume-Dumará Editores, 1996.
- BATISTA, V. Prefácio in *A miséria governada através do sistema penal*, Alessandro de Giorgi, Coleção Pensamento Criminológico, v.12, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: História da violência nas prisões*, 32ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 1997.
- ROLIM, M. *A síndrome da rainha vermelha – Policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- RUSCHE, G. e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Coleção Pensamento Criminológico, vol. 3, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- WACQUANT, L. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- YOUNG, J. A. *Sociedade Excludente – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Coleção Pensamento Criminológico, vol.7, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- ZACCONI, O. Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas in *Discursos Sediciosos-Crime, Direito e Sociedade*, ano 9, v.14, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

### 3.4.2 A associação para tráfico de drogas – uma nova visão

**Flávio Reis Mello**

*Promotor de Justiça titular da 13ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte (MG) – Juízo de Tóxicos Especialista em Direito Público pelo CAD – Centro de Atualização em Direito Universidade Gama Filho*

A entrada em vigor da Nova Lei de Drogas reacendeu o debate sobre a questão da existência da associação para o tráfico de drogas.

Na vigência da antiga Lei 6.368/76, doutrina e jurisprudência estabelecem que o art. 14 era dirigido à associação estável, definida como crime autônomo, e o art. 18, III, como causa de aumento de pena em se tratando de associação eventual. Utiliza-se do mesmo raciocínio para justificar o entendimento de que o novo art. 35 da Lei 11.343/06 somente se refere à associação permanente.

Apesar dos louváveis entendimentos e da responsabilidade de seus defensores, penso que tal situação diverge do espírito que norteou a vontade do nosso legislador.

Primeiramente, a nova lei não deixa de incriminar a associação para o tráfico. Ela somente faz exigência expressa de reiteração, diga-se, de estabilidade no art. 35, parágrafo único, que se refere à associação para o financiamento e, assim, par-

claudicante, que encarcera os excluídos, neutraliza-os durante algum tempo e os devolve à sociedade em condições de maior marginalidade, para que em breve, por absoluta falta de perspectivas, eles retornem à custódia do Estado. Aumenta-se a dose de um remédio que já se mostrou ineficaz, pois está mais do que comprovado que os medicamentos aplicados – dentre eles, a resposta penal penitenciária –, além de não curar as doenças sociais, reforçam e reproduzem-nas, em um modelo perverso de reabastecimento excludente e de contaminação criminógena.

Com efeito, há décadas assiste-se ao aprofundamento de uma crise de graves proporções no sistema de justiça criminal e, a cada ano, investe-se mais e mais recursos financeiros e humanos no mesmo modelo, transformando o Estado, conforme pontificado por Marcos Rolim (2006, p.221), em “uma indústria de produção do crime sustentada pelo dinheiro público”.

O caminho percorrido até agora – o do confinamento maciço dos subalternos – não é apenas equivocada, imperfeito e injusto, mas parte fundamental de uma inadiável problematização do controle social vigente. A pergunta que subsiste: a quem interessa essa problematização?

tindo do pressuposto de que no *caput* do art. 35 não constou a necessidade de reiteração. Acredito que a vontade do legislador foi punir mais severamente o tráfico de drogas, elevando uma circunstância considerada causa de aumento de pena a tipo penal autônomo.

O raciocínio daqueles que defendem que a nova lei não previu a associação eventual pressupõe que a nova lei não trouxe entre as causas de aumento de pena, previstas no art. 40 da Lei 11.343/06, a da associação eventual. Assim a alternativa encontrada seria a aplicação da antiga lei mais benéfica, decotando o aumento de pena em casos de associação eventual para crimes ocorridos na vigência da antiga lei, situação que, a meu sentir, colide com a clara disposição legal, que, como é sabido, não contém palavras inúteis.

Se o legislador fala apenas em associação reiterada nos casos de novo crime do art. 35, parágrafo único, não poderia ser feita uma interpretação extensiva para alcançar também a

necessidade de reiteração no *caput* do art. 35. Examinando o novo diploma legal que revogou expressamente a Lei 6368/76, em seu todo, percebe-se que sua intenção foi punir mais severamente o tráfico de drogas, aumentando a pena mínima prevista, vedando expressamente a concessão do *sursis* e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, criando novos tipos penais e, se assim não agiu, não pode ter sua intenção contrariada por uma interpretação que não acompanhou a evolução legislativa.

Para ilustrar meu posicionamento vale a transcrição das palavras do professor Doutor Sérgio Ricardo de Souza em sua obra a Nova Lei Antidrogas:

Verifica-se que em relação à associação para prática de qualquer dos crimes previstos na cabeça do art. 33 e no seu §1º, bem como no art. 34 desta Lei, a tipificação da conduta exige apenas o requisito objetivo do número de pessoas (duas

ou mais pessoas) e o requisito subjetivo de que a associação seja para o fim específico de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e art. 34 desta Lei, havendo expressa afirmativa de que não se exige reiteração da conduta (reiteradamente ou não), nisso se assemelha à causa de aumento previsto na primeira parte do inciso III, do art. 18 da Lei nº 6.368/76, a qual foi também por ele incorporada, tanto que ela não faz parte do rol de causas de aumento previstas no art. 40 desta Lei.

Diante dos argumentos expostos, acreditamos que, em caso de concurso de agentes para o tráfico, caberá, na denúncia, a cumulação material em todos os casos com o novo tipo penal do art. 35. E, em se tratando de estabilidade, vínculo duradouro, poder-se-á, em alguns casos, até afastar a incidência da nova causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei 11.343/06, eis que seria possível a existência de dedicação à atividade criminosa ou mesmo participação do acusado em organização para o crime, situações que impedem a aplicação do benefício.

### 3.4.3 Da delação premiada

A delação premiada é um instituto instalado pelo legislador brasileiro em algumas leis promovendo a busca da verdade processual. No instante em que se oferece ao co-réu a não agressão à sua liberdade, ou, em alguns casos, a diminuição de sua pena, exige-se que este colabore com as autoridades judiciárias apresentando efetividade<sup>1</sup> na investigação e no processo, dando informações de fundamental importância para a solução de um caso criminal.

O Estado concede ao colaborador o prêmio da manutenção da liberdade ou diminuição da pena em troca de dados inatingíveis pelas autoridades. Dados estes que foram presenciados pelo delator ou que são absolutamente impossíveis de ser descobertos caso não fosse pela sua colaboração.

Há que se afirmar ser sua natureza jurídica causa de diminuição de pena para os casos em que o instituto tem força para reduzir o montante da pena. No caso de aplicação do artigo 13 da Lei nº9.807/99, em que se oferece o perdão judicial, a natureza jurídica do instituto figura-se em mais uma causa de extinção da punibilidade.

No caso de um seqüestro, o colaborador poderia informar o local do cativo, promover a denúncia dos comparsas dando às autoridades uma solução rápida e, com isso, evitando meses de investigação policial para obter tais resultados. Seria possível a apreensão de enorme quantidade de drogas sem os riscos e o tempo de uma operação policial mais dispendiosa. Valores e objetos de roubo a banco poderiam ser apreendidos sem grande lapso temporal, além de outras dificuldades existentes serem evitadas, tendo em vista a dificuldade imposta pelos criminosos ante a extrema organização das quadrilhas.

#### Pedro Henrique Carneiro da Fonseca

Advogado

Graduado pela Faculdade de Direito Milton Campos

Em suma, a delação premiada é figura jurídica que premia o delator, concedendo-lhe benefícios tais como a redução de pena, perdão judicial, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, início do cumprimento da pena em regime aberto e, por último, após a condenação, a não aplicação de penalidade.

Atualmente no Brasil, o instituto está instalado em várias leis como expomos a seguir:

a) Lei nº8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, prevendo o art.8º, parágrafo único que: “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços”. É necessária referência ao artigo 288 e parágrafo único do Código Penal<sup>2</sup>.

b) Lei nº8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, também tratou da matéria, prevendo no art.16, parágrafo único, que com relação aos crimes “cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

c) Lei nº9.269/96 tratou da delação premiada em relação ao crime de extorsão mediante seqüestro, ao introduzir o §4º no art.158 do Código Penal, prevendo a redução da pena de um a dois terços para aquele que denunciar o crime à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado.

d) Lei nº9.034/95, em seu art.6º, trata dos crimes organizados e os meios operacionais para a prevenção e a repressão

<sup>1</sup> Dependendo da lei que aplicarmos, há exigências quanto à voluntariedade ou espontaneidade. Em determinadas leis os requisitos subjetivos e objetivos são acrescidos para deferimento dos benefícios oferecidos pelo instituto.

<sup>2</sup> O artigo 288 dispõe que: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena- reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

desses peculiares delitos. Dispõe que “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

e) Lei nº 9.807/99, com este dispositivo legal, houve a tentativa de uniformizar o tratamento da matéria, prevendo a possibilidade da concessão do perdão judicial ou da diminuição da pena dos acusados que colaborarem de forma voluntária e eficaz com a justiça (arts. 13 e 14). Essa lei também confere medidas especiais de segurança para aqueles que colaborarem com a justiça bem como para as testemunhas e vítimas.

f) Lei nº 9.613/98 dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Trata da delação premiada no §5º, do art. 1º como passa a seguir: “A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

g) Lei nº 11.343/06, que trata dos crimes relacionados com entorpecentes, traz a delação premiada no artigo 41 da seguinte forma: “o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

A melhor tentativa do legislador quanto à sistematização da delação premiada foi a Lei nº 9.807/99, nos artigos 13 e 14, tendo como benefícios a serem concedidos em troca da delação, o perdão judicial e a redução da pena. Em especial, não podemos esquecer que a Lei nº 9.613/98 também oferece uma espécie de perdão judicial ao dizer que o magistrado poderá deixar de aplicar a pena. Além disso, por esse dispositivo legal, cabem, ainda, mais dois benefícios tais como a redução da pena que começará a ser cumprida inicialmente em regime aberto e a substituição da pena por outra restritiva de direitos. Os demais dispositivos legais (Lei nº 8.072/90, Lei nº 8.137/90, artigo 159, §4º, do CP introduzido pela Lei nº 9.269/96, Lei nº 9.034/95 e Lei nº 11.343/06) dispõem sobre a delação premiada, contudo, conferem ao colaborador somente a redução da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Em específico, com relação ao perdão judicial decorrente do instituto, dispõe o art. 13 da Lei nº 9.807/99 que: “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- 1) a identificação dos demais co-autores ou partícipes;
- 2) a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- 3) a recuperação total ou parcial do produto do crime”.

Na delação premiada não existe o requisito de um pré-acordo entre os membros do Ministério Público e a defesa do

acusado para que, após entendimento positivo do *Parquet*, haja a decisão do julgador. É válido e bastante importante o parecer ministerial para aplicação do instituto. Contudo, está disciplinado que somente o juiz poderá optar por conceder ou não o perdão judicial. Esta decisão poderá ser de ofício ou a requerimento das partes. Poderá tanto a acusação como a defesa pedir ao juiz o perdão judicial em troca da colaboração, embora se resume somente a um requerimento. Como o dispositivo usa o termo “**a requerimento das partes**” e tratando-se de instituto relativo à colaboração, é lógico supor que as partes acordem na colaboração e consequente delação. Sugere, a outro giro, formulação de petição conjunta entre o Ministério Público e o acusado afastando a possibilidade de requerimento de apenas uma das partes. De todo modo, pela interpretação literal da lei, em *ultima ratio*, trata-se de uma discricionariedade judicial.

Todavia, como define a lei, para o julgador conceder o prêmio ao acusado, deve ocorrer o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos.

O **perdão judicial** é uma causa extintiva da punibilidade. O Estado renuncia, por intermédio da declaração do juiz, na própria sentença, à pretensão de imposição das penas. Como exemplo, supõe-se que o sujeito, agindo culposamente, vem a matar o próprio pai (artigo 121, § 3º do CP).

O perdão judicial deixa de punir aquele que tenha sofrido consequência tão grave decorrente da sua própria conduta, que se pode considerar por aplicada e cumprida a sua pena. Desse modo, percebe-se que o perdão que a lei concede como prêmio pela delação é uma forma diferenciada de perdão judicial. Enquanto o perdão judicial previsto no código penal decorre do sofrimento pessoal experimentado pela prática do fato delituoso, o perdão judicial procedente da delação premiada decorre da colaboração voluntária e efetiva à justiça. Há uma polêmica quanto à natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial decorrente da delação premiada. Alguns entendem que se trata de condenação, mas sem aplicar a pena, com as consequências naturais de possibilidade da reincidência, custas processuais, lançamento do nome do acusado no rol dos culpados e reparação dos danos, não aplicando a pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos ou multa. O art. 120 do CP<sup>3</sup> diz que conceder o perdão judicial não será considerado para efeitos de reincidência. Nesse sentido, outros entendem que a sentença é absolutória sem qualquer efeito secundário, pois trataria de sentença declaratória da extinção da punibilidade. O STJ defende a inexistência de efeitos secundários. Prescreve a súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça que “a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Acompanhamos o entendimento sumulado pelo STJ. Era plenamente possível ao Legislador estipular perdão judicial, em decorrência da aplicação do instituto da delação premiada, com os efeitos que apresentou na Lei sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613/98). Lembra-se que para esta lei, o efeito mais benéfico figura na possibilidade de o julgador deixar de aplicar a pena. Fica claro que para o juiz deixar de aplicar a penalidade, deve primeiro condenar o delator. Destarte, todos os efeitos secundários de uma condenação acompanham o premiado.

A delação premiada, mesmo não sendo considerada

<sup>3</sup> BRASIL. *Código penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. (Legislação brasileira).

instituto inédito na legislação e doutrina do Brasil, vem criando inúmeras interrogações quanto ao seu uso na prática pela busca da verdade processual.

Como já explicitado, o legislador tentou uniformizar o instituto da delação premiada com a publicação da Lei nº 9.807 de 13 de julho de 1999. No Capítulo II foram tecidos os artigos 13 e 14 que tratam do perdão judicial e redução da pena em caso de colaboração, respectivamente, conforme exposto acima.

O Legislador criou estes dois artigos para uniformizar a delação premiada no direito brasileiro. Para o colaborador adquirir a premiação levando em consideração a presente lei, é preciso que preencha muito mais requisitos do que o estipulado em todas as outras leis tratadas até o momento.

Tendo em vista a delação premiada estar inserida na Lei 9.807/99 e, desse modo, abarcar exatamente a mesma matéria, também, introduzida nas leis nº 8.072/90 (crimes hediondos), Lei nº 8.137/90 (sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), Lei nº 9.034/95 (crime organizado), Lei nº 9.269/96 (introduziu a delação premiada no Código Penal) e Lei nº 9.613/98 (lavagem ou ocultação de bens), deve-se entender que a Lei nº 9.807 de 1999 revoga aquilo que foi disposto sobre o instituto em todas as leis anteriores a ela. A lei posterior revoga a anterior quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior conforme dita o art. 2º §1º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Podemos entender, desse modo, que em qualquer crime praticado em concurso de pessoas que seja possível a aplicação do instituto da delação premiada deverá o colaborador preencher as exigências dos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99 para receber ou o perdão judicial ou a redução da pena (um a dois terços), dependendo do caso. Todo esse entendimento prova o desacerto do Legislador, *data venia*, quanto à publicação de leis preenchendo o ordenamento jurídico de aberrações, como se pode notar.

Contudo, há outro entendimento. Cada lei que traz o instituto da delação premiada é norma temática (lei contra o crime organizado, lei de tóxicos, lei sobre crimes hediondos etc.). Por exemplo, a lei de tóxicos (Lei nº 11.343/06) aplica apenas os requisitos exigidos pelo artigo 41. Não há perdão judicial. Apenas há a redução da pena como manda a norma. Enfim, o legislador escolheu os benefícios que entendeu específicos para cada lei. Assim, nos crimes praticados contra a ordem tributária, aplicam-se somente as exigências da Lei nº 8.137/90, bem como os benefícios próprios do instituto nela inseridos. Não há revogação alguma. Segue-se aplicação da lei especial em vista do princípio da especialidade. O uso da Lei nº 9.807/99 fica para todos aqueles crimes que não configuram delitos tipificados nas leis específicas que já possuem o instituto da delação premiada.

Ainda, em outra vertente, podemos concluir que se aplica, dependendo do caso, a lei que oferecer mais benefícios ao delator/colaborador. Ora aplica a Lei nº 9.807/99, ora a lei temática que faz referência ao crime praticado pelo grupo organizado. Tudo dependendo, diante do caso concreto, de qual a norma mais benéfica para o colaborador.

Também, em problemática parecida, o **art.159, §4º, do CP**, trata da delação premiada para o crime de extorsão mediante seqüestro, como também trata o parágrafo único do art.8º da lei de crimes hediondos (Lei nº 8.072/90). No entanto, no primeiro caso, a exigência do colaborador é apenas denunciar o crime

facilitando, dessa forma, a libertação da vítima e no segundo caso, exige-se a denúncia do bando com o possível desmantelamento.

Daí surge a necessidade de saber qual das exigências deverá ser cumprida para a concessão da premiação perante o presente concurso aparente de normas. Conforme o entendimento legal e doutrinário, por dois motivos deverá aplicar o §4º do art.159 do Código Penal. O primeiro é que a lei que introduziu a delação premiada no CP, Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996, que afasta a aplicação do parágrafo único do art.8º da Lei nº 8.072 de 26 de julho de 1990, já que a lei posterior revoga a anterior, por abarcar a mesma matéria, nos moldes do art.2º §1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942). Segundo, pela aplicação do princípio da especialidade, a delação premiada introduzida no §4º do crime de extorsão mediante seqüestro tem relação, em especial, somente com este crime. E no caso em tela, deve-se considerar o fato de a lei de crimes hediondos ser “geral” já que trata dos variados crimes dispostos no elenco do art.1º. Assim, como a lei especial prevalece sobre a geral, permanecerá o disposto no código penal quanto ao crime de extorsão mediante seqüestro.

*Ex positis*, a delação premiada foi introduzida no Código Penal, §4º do art.159 pela Lei 9.269/96. A redução de pena, neste caso, tem como requisito, quando o crime é cometido em concurso, a **facilitação** da libertação da vítima proveniente da denúncia do crime pelo concorrente. Não é preciso ter efetividade na localização da vítima, nem entrega dos demais criminosos, desde que o colaborador facilite o trabalho das autoridades.

Outra questão que merece ser discutida é se poderá fazer o uso do instituto da delação premiada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nos termos do artigo 621, inciso III do Código Processual Penal brasileiro, é absolutamente cabível a delação premiada. A revisão dos processos findos será admitida quando após a sentença descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Assim, por analogia em favor do delator, o benefício não é aplicado somente até a fase da sentença. A colaboração posterior ao trânsito em julgado deve ser beneficiada com os prêmios relativos à delação premiada. Por óbvio, referimos apenas ao delator/colaborador tendo em vista existir somente a revisão *pro réu*. Quanto aos demais acusados não será possível a majoração das penalidades aplicadas com a produção de provas contra eles após o trânsito em julgado por ser proibida no direito penal brasileiro a revisão *pro societate*.

Evidentemente, devem-se preencher todos os requisitos legais, inclusive os de que o ato se refira à delação dos co-autores ou partícipes dos crimes objeto da sentença rescindenda. Deve ser levado em consideração o fato de que os demais co-autores não tenham sido absolvidos definitivamente no processo originário, pois, desse modo, não seria eficaz.

Na hipótese de o acusado de um crime de pequeno porte requerer o benefício com fulcro na Lei 9.807/99, alegando ser de direito tendo em vista caber para todos os crimes, deve o magistrado analisar a situação cuidadosamente para evitar a desproporção entre o alto benefício a ser concedido e o lucro que a justiça irá proferir. A utilização da aplicação do benefício a casos de prática de crimes de baixa ou média potencialidade ofensiva não se justifica pelo alto grau do benefício e a pequena

equivalência do retorno para a administração da justiça. Claro que a análise sempre dependerá do caso concreto. Por exemplo, vamos admitir que no percurso de uma investigação ou processo consiga-se a certeza de que a prática do crime decorreu de parceria entre aquele que o executa, quebrando a porta de vidro da agência bancária, desativando o alarme, com aquele que apenas vigiou de dentro do carro numa esquina. Não teria justificativa conceder o benefício legal para que o primeiro denuncie o vigia. Contudo, se o assaltante pertence a uma organização criminosa especializada em assaltos a bancos, procurada pela polícia em todo o país, famosa por furtar milhões de reais em várias agências, justifica a concessão do benefício já que a contribuição do colaborador com a delação dos demais co-autores é de alto grau valorativo para a justiça.

Outra situação bastante interessante se vislumbra na hipótese de integrante de uma quadrilha organizada em praticar determinado tipo de crime delatar outros integrantes de outro grupo organizado com especialização em outros crimes. Com a sua denúncia, se verifica altíssima contribuição à justiça e, por isso, o colaborador requer a concessão dos benefícios oferecidos pela legislação premial. Seria direito do delator receber a premiação mesmo denunciando, com eficácia, outra organização?

A legislação não trata desta questão especificamente. Contudo, é possível interpretar tal dispositivo legal<sup>4</sup> negando a interrogação. A lei é clara ao dizer que deverá identificar os

demais co-autores ou partícipes “da ação criminosa” e não de qualquer ação criminosa, ou mesmo, de qualquer grupo criminoso. Além disso, o texto legal fala na identificação “da vítima”, e não de qualquer vítima de qualquer crime. Também não exige a recuperação total ou parcial do produto de qualquer crime por aí praticado, mas sim “do crime”, isto é, daquele crime em que o acusado está sendo investigado.

Em última análise, a responsabilidade civil pode ser aplicada àquele que denunciar sem pudor, delatar por mera denúncia, apenas com o intuito de adquirir o bônus do instituto da delação premiada.

Foi visto que a delação premiada oferece perdão judicial ou redução da pena, na maioria dos casos. Pode acontecer de o acusado se precipitar ao tentar obter qualquer benefício. Às vezes o acusado denuncia outrem sem provas. Ou delata aquele que não pertence à organização criminosa. Pode buscar o benefício delatando alguém que não faça parte da prática do crime pelo qual está sendo acusado ou mesmo seu inimigo, por dinheiro, pelo benefício ou por qualquer outro motivo.

A questão é que, delatar alguém sem provas ou que não faça parte do crime pelo qual o acusado está respondendo, implica responsabilidade civil (art. 927 do CC.). Ademais, o delator incorre nas iras do artigo 339 do código penal. Caso claro de denúncia caluniosa<sup>5</sup>.

#### Referência Bibliográfica:

- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2000.
- PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*. 3 ed. Niterói: Impetus, 2005.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado, procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.
- SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Crimes praticados por organizações criminosas – inovações da Lei n.9.034/95*. In: RJ nº 217 – nov/95.

<sup>4</sup> No caso em tela referimos à Lei nº 9.807/99.

<sup>5</sup> O artigo 339 do código penal brasileiro diz que: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena- reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

### 3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

#### A) Obras Doutrinárias

##### 3.4.4.1 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime (tomo I).** 1ª ed. brasileira. 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 1061 p.

Jorge de Figueiredo Dias é um dos mais respeitados penalistas de Portugal, sendo catedrático na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, além de autor de vasta obra doutrinária.

A presente obra tem um valor literário inestimável para os estudiosos do Direito Penal, sendo sua leitura um pressuposto obrigatório para o entendimento a respeito dos temas mais relevantes sobre a teoria geral desse ramo da ciência jurídica.

O livro oferece uma visão renovada e oxigenada dos institutos do Direito Penal tradicionalmente estudados, a partir da experiência colhida no ordenamento jurídico português e contando com a abordagem crítica de Figueiredo Dias, traço inclusive que sempre lhe foi peculiar.

De fato, para aquelas pessoas que já se iniciaram no estudo da parte geral do Direito Penal, esse manual é uma excelente opção para avançar com segurança na matéria.

##### 3.4.4.2 MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema Jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, 496 p.

A autora desta excelente obra é Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da UFMG, Professora Adjunta do Departamento de Direito e Processo Penal dessa Instituição e Juíza de Direito da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

Segundo a autora, a obra originou-se a partir dos estudos de sua tese, sob a orientação do Professor Jair Leonardo Lopes. Tendo como mote a filosofia de Padre Vaz na distinção entre o bem e o valor, Daniela de Freitas Marques aduz que o livro “teve como pedra de toque a necessidade da fundamentação filosófica do perigo e do risco no sistema jurídico-penal” (p. 11).

Nesse sentido, a obra se destaca por sua abordagem diferenciada sobre esses temas tão atuais e relevantes no direito

penal, apresentando uma argumentação deveras profunda sobre a temática que gira em torno do risco e do perigo no contexto proposto.

O livro, escrito em linguagem muito didática, é indicado para aqueles que já possuam um certo domínio sobre a matéria e buscam uma visão crítica e filosófica sobre o risco permitido e o perigo proibido, especialmente porque a bibliografia consultada é de excelente qualidade. Outro ponto de relevo na obra é que ao final de cada capítulo, a autora traz conclusões sobre o tópico visto e, ao término de cada uma das três partes que compõem o livro, apresentam-se variadas notas que tornam o estudo ainda mais consistente.

#### B) Artigos

##### 3.4.4.3 SOUZA, Artur César. **A “parcialidade positiva” do juiz e o justo processo penal: nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”.** Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/3046/1/artur.PDF>>.

O artigo que ora indicamos trata-se de tese de doutoramento do autor apresentada em 2005 ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná – PPGD-UFPR.

Segundo aponta o autor, “o postulado dogmático do juiz (im)parcial, na sua concepção clássica iluminista, é fruto de ultrapassadas e objetivamente criticáveis tendências formalistas vinculadas ao pensamento que pressupõe a existência de um juiz ‘eunuco’ e totalmente ‘asséptico’” (p. 6). E mais:

A visão meramente formalista cria uma falsa ilusão em relação ao ser humano juiz. O juiz não é neutro e muito menos imparcial, pois, de certa forma, está vinculado às suas concepções sociais, econômicas, culturais, psicológicas e ideológicas. É um ser histórico e fruto de seu tempo. (p. 6).

Assim, essa excelente tese pretende uma releitura do

princípio da imparcialidade do juiz, em que, numa perspectiva humanística do processo penal, é palco propício para o surgimento do chamado juiz positivamente parcial. Sobre essa nova figura, leciona com maestria Artur César Souza:

O princípio do juiz positivamente parcial, que garante o reconhecimento das diferenças sociais, econômicas, culturais das pessoas envolvidas na relação jurídica processual penal, tem por fundamento a concepção filosófica da racionalidade do outro, desenvolvida por Enrique Dussel e Emmanuel Lévinas. A parcialidade positiva do juiz, portanto, é fruto de uma racionalidade crítica que visa romper com a totalidade do sistema vigente, com a clausura e delimitação da vida a partir da mera conservação do sistema. O juiz deve reconhecer a exterioridade das vítimas que se apresenta transcendentemente no processo, para o efeito de introduzir no âmbito da relação jurídica processual penal uma ética material voltada para a

produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana. Assim, trata-se de um trabalho de peso que interessa a to-

dos os aplicadores do direito, notadamente daqueles preocupados com uma visão mais crítica da evolução da ciência jurídica.

### 3.4.5 Jurisprudência da área

#### 3.4.5.1 TJMG, 2ª Câmara Criminal. *Possibilidade de reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor*

**EMENTA:** ROUBO - ESTUPRO - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVA - DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS - TESTEMUNHAS - CONFISSÃO PARCIAL DO RÉU - CONDENAÇÃO - CONFIRMAÇÃO - CRIMES CONTRA OS COSTUMES - CONTINUIDADE DELITIVA - POSSIBILIDADE - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR SEM LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE - NATUREZA NÃO HEDIONDA - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - NÃO CABIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - Forçosa é a condenação do réu pelo cometimento de dois delitos de roubo, bem como de quatro crimes de estupro e de um de atentado violento ao pudor se as vítimas, que prestaram depoimentos firmes, corroborados por

depoimentos de testemunhas, o reconheceram como sendo o autor dos crimes praticados e se ele próprio confessou ter estado com elas, ainda que sob a alegação de que pretendia apenas subtrair-lhes seus pertences. - Há crime continuado se o agente pratica crimes de atentado violento ao pudor e de estupro nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução. - O estupro e o atentado violento ao pudor, desde que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, não são hediondos, razão pela qual o regime de cumprimento das penas em razão deles fixado não pode ser o integralmente fechado. (TJMG, 2ª Câmara Cível, *Apelação Criminal nº 1.0433.04.121468-8/001, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, j. 25.08.2005, DJ 06.09.2005*).

#### 3.4.5.2 STJ, 6ª Turma. *Co-autoria da esposa em relação aos crimes praticados pelo marido durante a constância conjugal. Impossibilidade. Não configuração do nexos de causalidade. O fato de usufruir de bens adquiridos pelo cônjuge, na constância da sociedade conjugal, não se insere em nenhum momento na cadeia causal, de modo a gerar qualquer figura delituosa típica*

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. CRIMINAL. CO-AUTORIA. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. ESPOSA DENUNCIADA POR EVENTUAIS DELITOS COMETIDOS PELO MARIDO. 1. O sistema criminal brasileiro, como ensina a unanimidade da doutrina, adota a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *condictio sine qua non* (RENÉ ARIEL DOTTI), não distinguindo entre condição e causa, considerada esta como toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (ANÍBAL BRUNO). Nesta perspectiva, então, cabe verificar se o resultado (desvio de verbas) ocorreria do mesmo modo sem a intervenção da paciente, ou em outras palavras, como ensinado por este último autor, se entre o seu atuar e o resultado típico existe a necessária relação de causa e efeito. 2. O fato de usufruir de bens adquiridos pelo marido, na constância da sociedade conjugal, não se insere em nenhum momento na cadeia causal, de modo a gerar qualquer figura delituosa típica. Tem-se, por evidente, neste caso, o vínculo conjugal (art. 266 do Código Civil) a determinar, impor e referendar o usufruto, decorrência simples e única da vida em comum que, em um segundo plano, dentro das regras de harmonia e convivência social, autoriza e consagra a recepção de pessoas em sua casa. Impõe-se ainda ressaltar que, abstração feita ao uso e gozo dos bens materiais adquiridos e o relacionamento social com os demais co-réus, os delitos de que são eles acusados, inclusive seu marido, teriam ocorrido da mesma forma. Não foram estes eventos causa eficiente, *condictio sine qua non*, do resultado. Eliminada a condição desapareceria o resultado (desvio)? Evidente que não, mesmo porque, segundo reconhece a própria denúncia, ela, há muito, já ocorria. 3. Na real verdade, ainda que se queira argumentar com a ciência dos fatos

delituosos praticados por seu marido, a hipótese não configura a co-participação, porque a paciente não tinha o dever jurídico de impedir o resultado. O entendimento pretoriano destaca que a ciência ou mesmo a concordância difere da instigação punível. Houve, quando muito, convivência, sem prática de ato de execução apto a ensejar o reconhecimento da co-autoria. Em sua monografia sobre o Nexos Causal, Paulo José da Costa Junior, assinala que a pessoa não deve ser considerada “causa de um determinado evento só porque, operando, realiza uma condição qualquer necessária ao resultado”, pois que, destarte, a responsabilidade atinge o infinito. E traz à colação exemplo constante da teoria de Von Buri, onde se indaga se devido considerar “causa da morte de alguém num desastre ferroviário o amigo que não o dissuadiu de empreender a viagem”. Mostra também o ilustre Professor da USP, citando Antolisei, a hipótese de um convalescente, aconselhado pelo médico, a viajar a uma estação de águas, vindo a morrer de desastre de automóvel, por imprudência do motorista. Neste caso, seriam causas do falecimento o médico, o irmão que sugeriu determinada estrada, o amigo que o reteve para indagar de sua saúde e, também, quem conferiu a carteira de habilitação ao chofer. Em nenhum destes casos, a conduta inicial era idônea à produção do resultado final, como acontece com a paciente, sendo até aconselhável, em breve lance, o debate da questão sob o ângulo do concurso de agente que não se caracteriza, na hipótese de simples convivência quando ausente o dever jurídico de impedir o resultado. 4. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação à paciente Maria da Glória Bairão dos Santos. (STJ, 6ª Turma, HC 18206 / SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 04.12.2001).

**3.4.5.3 TJMG, 16ª Câmara Cível.** *A causa de exclusão de crime prevista no art. 142, I, do CP aplica-se aos procedimentos administrativos*

**EMENTA:** AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS - CALÚNIA - DIFAMAÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - PROPORCIONALIDADE - LIMITES DA LIDE - AMPLA DEFESA - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. A calúnia e a difamação realizadas em defesa de processo adminis-

trativo constituem regular exercício do direito de ampla defesa, desde que integradas na argumentação aduzida e observada a proporcionalidade. (TJMG, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0481.04.040470-1/004, Rel. Des. Batista de Abreu, j. 24.10.2007, DJ 14.12.2007).

**3.4.5.4 TJMG, 3ª Câmara Criminal.** *Disparo de arma de fogo em via pública. Desnecessidade de apreensão da própria arma para a comprovação material do crime, o que pode ser suprida mediante prova oral*

**EMENTA:** APELAÇÃO CRIMINAL - DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. A autoria e a materialidade do delito previsto no artigo 10, § 1º, III, da Lei nº 9.437/97, restam demonstradas pela prova oral colhida nos autos. Para a comprovação da materialidade do crime de

disparo de arma de fogo em via pública, não se faz necessário a apreensão desta, porque a falta pode ser suprida pela prova oral, de conformidade com o art. 167 do CPP. Improvimento ao recurso se impõe. (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0451.04.000147-6/001, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. 12.02.2008, DJ 01.04.2008).

## 4. INFORMAÇÕES VARIADAS

### 4.1 MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE

#### 4.1 Poderes investigatórios do Ministério Público

**Damásio de Jesus**

*Presidente e Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus  
Doutor Honoris Causa em Direito pela Universidade de Estudos de Salerno (Itália)  
Diretor-Geral da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus*



Damásio de Jesus

O Ministério Público (MP) pode realizar investigações na esfera criminal?

Há três posições a respeito do assunto:

**1.ª) O MP não pode realizar investigações na esfera criminal, por existir óbice constitucional:** cuida-se de função exclusivamente atribuída pela Constituição Federal (CF) à Polícia. Essa corrente funda-se em uma *interpretação gramatical* do art. 144 da CF, segundo o qual somente às Polícias

cumpriria tal missão. Em outras palavras, quando a Constituição enumerou os diversos ramos da Polícia (Federal, Civil, Militar etc.), teria atribuído exclusivamente a eles a tarefa de proceder às investigações criminais. Já houve decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) nesse sentido, em acórdão relatado pelo ex-Min. Nelson Jobim (RHC n. 81.326, j. em 6.5.2003). Não é, porém, a posição “oficial” do STF, que ainda não se posicionou a respeito do tema com sua atual composição.

**2.ª) O MP não pode efetuar investigações criminais, por ausência de previsão legal:** para essa posição, não existiria impedimento constitucional para que o MP realizasse investigações visando à colheita de provas para o ajuizamento da ação penal. Ocorre, contudo, que não há regulamentação legal a respeito da forma e do procedimento a serem observados, o que tornaria inválidas as investigações realizadas por membros do MP.

**3.ª) O MP pode realizar investigações criminais (orientação dominante):** para essa corrente, em primeiro lugar, o art. 144 da CF, ao cuidar da segurança pública e dos órgãos policiais brasileiros, teve como finalidade apenas delimitar as atribuições investigatórias das Polícias, de modo que não houvesse superposição entre as atividades próprias de cada uma delas. Assim, por exemplo, compete à Polícia Federal, em caráter exclusivo, atuar como Polícia Judiciária da União; à Polícia Militar, tão-somente, investigar os crimes militares de competência estadual e, à Polícia Civil, confere-se atribuição investigatória residual. Em momento algum pretendeu o constituinte excluir a possibilidade

de que outros órgãos investigassem infrações penais. Ademais, há que se priorizar uma interpretação teleológica e sistemática da CF, não a simples gramatical ou literal. O que mais interessa à segurança pública, dever do Estado e direito dos cidadãos (art. 144, *caput*, da CF)? Sem dúvida que, quanto mais forem os órgãos a se dedicarem ao combate à criminalidade, mais próximos estaremos do ideal constitucional (interpretação teleológica). De ver-se, ainda, que o art. 129 da CF, além de conferir ao MP o exercício da ação penal pública, concede-lhe a prerrogativa de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (interpretação sistemática). A Lei Complementar a que alude é a LC n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), a qual regula o dispositivo constitucional citado no art. 8.º, II e IV, e § 2.º, e as Leis Complementares estaduais (como a LC n. 734/93 – Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo), as quais seguiram o modelo da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional dos MPs estaduais). De acrescentar-se, inclusive, que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) expediu resolução disciplinando o “procedimento administrativo criminal” (Resolução n. 13, de 2 de outubro de 2006). Em vários Estados da Federação há regulamentos administrativos acerca do tema (por exemplo: Ato n. 314-PGJ/CPJ-SP, de 27 de junho de 2003).

É certo que o MP não é órgão tradicionalmente direcionado à realização de investigações. Tanto é assim que o Código de Processo Penal lhe atribui a função de exercer a ação penal pública e intervir em todos os termos *da ação penal*. Esse quadro começou a se alterar com a Lei n. 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Para que o MP exercesse seu papel na defesa dos interesses metaindividuais e pudesse instruir eventuais ações civis públicas, a lei lhe municiou com o *inquérito civil*. A partir de então, iniciou-se, no âmbito do MP, a “cultura” de realizar atos investigatórios. Essa tendência, iniciada no campo da tutela de interesses difusos e coletivos, naturalmente se transpôs à esfera criminal, atividade marcante do *Parquet*. Atualmente, existem vários setores do MP dedicados à realização de investigações criminais. No âmbito do MP/SP, a título exemplificativo, existem os Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaerco’s), perante os quais são instaurados diversos procedimentos administrativos criminais.

<sup>1</sup> JESUS, Damásio de. Poderes investigatórios do Ministério Público. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, set. 2007. Disponível em: <www.damasio.com.br>.

## 4.2 LINGUA E LINGUAGEM

### 4.2.1 *Ultra partes* no Código de Defesa do Consumidor e a expressão latina *inaudita altera pars*

**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  
cbernardes@mp.mg.gov.br*

Grande parte dos textos doutrinários reproduz fielmente a forma escrita dos textos legais. É comum a reprodução literal, desconsiderando possíveis e, às vezes, necessárias adaptações da forma escrita. Basta reparar nos artigos de opinião ou em peças processuais que eles costumam estampar, mesmo se não se está citando literalmente um dispositivo legal, os mesmos registros do texto original, sem adaptações.

Quando o Código de Defesa do Consumidor (CDC), no art. 103, disciplina o fenômeno da coisa julgada coletiva, aparece o vocábulo *ultra partes*, separado e sem hífen:

Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

[...]

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81.

Segundo a ortografia, alguns prefixos seguidos por palavra que se inicia por H, R, S ou vogal deverão ser separados por hífen. A opção da separação é feita claramente por uma questão fonológica (de sonoridade), por causa da junção dessas letras com os prefixos CONTRA, EXTRA, AUTO, NEO, PROTO, PSEUDO, INTRA, INFRA, SEMI, SUPRA, ULTRA.

E chegamos ao nosso objeto de comentário. Será que o legislador cochilou e se esqueceu de conferir a grafia correta da palavra em português: *ultrapartes*? Não é o que parece. Numa leitura mais criteriosa, percebe-se que em todas as alíneas optou-se pelo correspondente em latim: *erga omnes* e *ultra partes*. Como esta última palavra quase se confunde na escrita com o seu correlativo em português, pode-se fazer confusão em textos doutrinários nos quais não se faça citação direta da referida Lei.

Explique-se melhor. Quando se pretende falar da coisa julgada *ultra partes*, duas soluções ortográficas podem ser adotadas: uma em português, e nesse caso a regra dos prefixos deve ser adotada, ficando desta forma: *ultrapartes*; ou em latim mesmo, do jeito que está no CDC, nesse caso, a palavra deve vir grifada, por se tratar de latinismo: *ultra partes*.

Já que se está falando de *partes*, há um termo que se propaga firmemente no meio jurídico: *inaudita altera pars*.

Algo como: “A liminar foi concedida *inaudita altera pars*”. Percebe-se que houve uma associação imediata do termo que vem do Latim *pars* e que pode ser facilmente encontrado em dicionários lingüísticos.

“Pars” e “parte” são, na verdade, a mesma palavra, apenas em “casos” gramaticais diferentes, ou seja, “pars” está no caso nominativo (sujeito), enquanto “parte” está no caso ablativo (complemento verbal). Vejamos em que situações se usam uma ou outra.

Observe o seguinte exemplo: “A *outra parte* não ouvida será interrogada na próxima semana.” A expressão “a *outra parte*” funciona como sujeito da oração. Neste caso, o correto é escrever assim: “*Altera inaudita pars*” será interrogada na próxima semana. Considere ainda esta outra expressão: “*Audiat et altera pars*” (=ouça-se também a *outra parte*), onde ‘*altera pars*’ funciona como agente da passiva, que equivale à função de sujeito. Nestes dois casos, o correto é escrever “*altera pars*”.

Agora observe este outro exemplo: “O autor requer que, sem ouvir a *outra parte*, seja-lhe concedida a medida liminar pleiteada.” A expressão “a *outra parte*” neste caso não é sujeito da oração principal, mas está inserida numa oração reduzida subordinada à primeira, que corresponde em latim a um ablativo absoluto. Neste caso, a grafia correta será: “O autor requer que, *inaudita altera parte*, seja-lhe concedida a medida liminar pleiteada”<sup>1</sup>.

A grande ocorrência de uso nos textos doutrinários leva em conta a circunstância de subordinação: *sem ouvir a outra parte*. Dessa forma, o mais apropriado seria: *inaudita altera parte* (sem ouvir a *outra parte*) ou no plural: *inauditis alteribus partibus*. Atente-se ainda para a pronúncia [áltera] como uma proparoxítone.

Reproduzir tudo aquilo que vem dos textos legais ou de *abalizados* doutrinadores é temerário. Corre-se o risco de disseminar erros e criar dificuldades de compreensão de leitura. É evidente que um ou outro desvio acaba por passar despercebido (e não *desapercebido*, que quer dizer despervenido, sem numerário). O que se há de evitar é a repetição desmedida de impropriedades, sob pena de causar ruídos de comunicação e prejudicar o entendimento do leitor; ou – e o que é pior – enfraquecer a argumentação, configurando o erro como estilo próprio do autor.

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.santotomas.com.br/gramatica/latim2.asp>, acesso no dia 19 de maio de 2008.

## 4.3 TÉCNICA PROCESSUAL

### 4.3.1 Da necessidade de sustentação efetiva das teses defensivas para que possam ser quesitadas no Tribunal do Júri



Mauro da Fonseca Ellovitch

O Tribunal do Júri é um dos institutos mais conhecidos e polêmicos do sistema jurídico. Defendido veementemente por seus admiradores e criticado ferozmente por seus detratores; ainda hoje sua existência é motivo de apaixonados debates. Dentre todas as espécies de procedimentos judiciais, o julgamento pelo Tribunal do Júri é o que mais atrai a atenção da comunidade. Com muita propriedade, Lenio Luiz Streck aponta que “a instituição do júri pode ser um caminho para a concretização da participação popular nos mecanismos de aplicação da lei”<sup>1</sup>.

Talvez o maior motivo de críticas ao Tribunal do Júri seja algumas de suas decisões claramente absurdas, teratológicas. Diante de veredictos aberrantes, José Frederico Marques manifestava-se:

Entre o julgamento inspirado na lei e na razão, no direito e no conhecimento técnico, e aquele ditado pelo arbítrio e pela intuição cega, não há hesitação possível. (...) Clama-se pela pena de morte, pedem-se castigos mais rigorosos. De que adianta, porém, tudo isso se os delitos mais cruéis e revoltantes são julgados sob a complacência nunca desmentida do Júri?<sup>2</sup>

Todavia, acredito que boa parte dos motivos que levam aos veredictos teratológicos reside na má condução da sessão do plenário, na formulação e na explicação dos quesitos.

Não são poucos os advogados que empregam os mais absurdos expedientes sob o argumento da “plenitude de defesa” (art. 5º, XXXVIII, a, da Constituição Federal). E um dos subterfúgios mais comuns é a insistência na quesitação de inúmeras e absurdas teses defensivas, no intuito único de confundir e cansar os jurados.

Enquanto a acusação está atrelada obrigatoriamente ao libelo-crime, é permitida à defesa a apresentação de quaisquer teses defensivas em plenário. Não há nada de errado nisso. É corolário da plenitude de defesa a possibilidade de resguardar argumentos para o momento mais adequado, inclusive com a sustentação de teses alternativas. Todas as teses apresentadas aos

**Mauro da Fonseca Ellovitch**  
*Promotor de Justiça Titular da 2ª Promotoria de Justiça de Paracatu-MG*  
*Professor de Direito Penal na Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM*

jurados durante a sessão plenária devem ser quesitadas. Mas, para isso, é necessário que tenham sido **efetivamente sustentadas em plenário**.

Quanto aos quesitos defensivos, determina o artigo 484, III, do Código de Processo Penal:

Art. 484. Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

III - se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude; (grifo nosso)

Em que pese a cristalina redação do supratranscrito dispositivo legal, não é o que se vê na realidade. Inúmeras vezes percebemos causídicos que, na ânsia de apresentar aos jurados o maior número de indagações possíveis, insistem na formulação de quesitos acerca de teses que não constavam de suas manifestações defensivas e não foram sustentadas em plenário.

Entre os exemplos mais comuns, podemos citar: quesito acerca do homicídio culposo, quando o defensor não menciona nenhuma hipótese de negligência, imprudência ou imperícia; quesito sobre motivo de relevante valor moral ou de relevante valor social quando o defensor nem sequer diz qual seria este motivo; quesito sobre a inexigibilidade de conduta diversa quando o defensor não fala para os jurados porque o agente não poderia ter agido de outro modo.

Isso sem falar em casos de advogados que simplesmente pedem que o magistrado elabore quesito de tese que não mencionaram durante sustentação oral, apenas pela existência do dispositivo legal. É muito fácil recitar artigos e incisos do Código Penal.

Pode parecer absurdo, mas já participei de sessão do Tribunal do Júri em que foram quesitadas **treze** teses defensivas, sendo elas: homicídio culposo, lesão corporal seguida de morte, legítima defesa própria, excesso culposo na legítima defesa própria, legítima defesa putativa, excesso culposo na legítima defesa putativa, legítima defesa da honra, excesso

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri** – Símbolos & Rituais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998 p. 164/165.

<sup>2</sup> MARQUES, José Frederico. **A instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 2007. p. 22 e 25.

culposo na legítima defesa da honra, legítima defesa putativa da honra, excesso culposo na legítima defesa putativa da honra, inexigibilidade de conduta diversa, homicídio privilegiado por relevante valor moral e homicídio privilegiado por domínio de violenta emoção após injusta provocação da vítima. A maioria delas não foi explicitada aos jurados durante os debates (o que seria impossível em “exíguas” duas horas e meia de exposição, contando a tréplica).

Os jurados devem julgar fatos, de acordo com o que lhes é exposto. A única exigência para que alguém possa ser jurado é que seja “cidadão de notória idoneidade” (art. 436, *caput*, do Código de Processo Penal). Não se exige conhecimento jurídico. Então, não é possível surpreender os juízes leigos, determinando que votem um quesito sobre o qual nada lhes foi dito durante a sessão.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri – Princípios Constitucionais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999 p. 156.

<sup>4</sup> NASSIF, Aramis. *Júri. Instrumento de Soberania Popular* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996 p. 157.

Cabe aos Promotores de Justiça serem diligentes no combate a esta situação, intervindo perante o Juiz Presidente para que não permita uma quesitação absurda que levará à perplexidade. Os magistrados devem ser firmes e fazerem cumprir o artigo 484, III, do Código de Processo Penal em sua inteireza. Afinal, como destaca Guilherme de Souza Nucci, “ampla defesa não significa ampla estroinice”<sup>3</sup>. A respeito do tema, insta ressaltar o escólio de Aramis Nassif:

O importante é induzir o jurado a convencer-se de detalhes fáticos incriminadores ou dirimentes. O juiz de direito garantirá o respeito aos preceitos éticos e estará atento a que os jurados não sejam vítimas de artimanhas, táticas ou manobras que violem o convencimento do jurado.<sup>4</sup>

Assim, estaremos dando mais um passo para retomar o prestígio e buscar um saudável desenvolvimento do mais democrático instrumento jurídico do mundo.

### 4.3.2 Crime. Controvérsia. Declínio de competência. Impossibilidade. Sistema acusatório. Conflito de atribuição. Inaplicabilidade da jurisprudência consolidada

#### I – Introdução

O caso sobre o qual chamamos sua atenção nos foi proposto na labuta diária, quando atuávamos perante a 8ª Promotoria de Justiça da capital, com atribuição no Juizado Especial Criminal. Sua peculiaridade despertou-nos o desejo em torná-lo público, assim como a nossa conclusão.

Em síntese, determinada pessoa foi presa em flagrante por crime da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas), uma vez que policiais federais, ao cumprirem mandado de prisão temporária em sua residência, por seu suposto envolvimento com o tráfico internacional de entorpecente, encontram em seu poder certa quantidade de “maconha”.

Em virtude desse flagrante, foi lavrado o respectivo auto e encaminhado para Justiça Federal, mas, em razão da controvérsia acerca da sua conexão com o crime que ensejou o mandado de prisão, bem como sobre a internacionalidade do ilícito, esse procedimento transitou por diversas varas da Justiça Federal, até que entenderam por bem remetê-lo para Justiça Comum, afastando a competência federal.

Contudo, após o declínio da competência para uma das varas criminais da Justiça Comum estadual, o órgão do Ministério Público que ali oficiava pugnou pela remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal, ao entendimento de que o crime seria de menor potencial ofensivo (uso de drogas).

A partir desse momento, tomamos ciência dos autos.

Como se observa, além das controvérsias acerca da

#### Spencer dos Santos Ferreira Junior

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

conexão e da internacionalidade, a matéria posta *sub examine* havia ganhado outra vertente de discussão: a correta tipificação da conduta do imputado, se tráfico ou uso de entorpecente, bem como qual seria a via adequada para o seu saneamento, o conflito de competência ou de atribuição.

Pois bem.

Apesar de termos vislumbrado, no caso em comento, a competência da Justiça Federal para julgamento do crime, em razão da conexão, não nos ateremos a esse aspecto, porquanto demandaria revolvimento de provas, o que seria incompatível com a pretensão desse trabalho.

Sob essa consideração, passaremos direto às breves considerações que fizemos à época acerca da correta tipicidade da conduta do flagrado, para, após, adentrarmos na questão principal e que motivou o presente estudo: o mecanismo idôneo para solução do conflito que se instalou.

Sabe-se que para o oferecimento da ação penal basta a probabilidade da autoria e a prova da materialidade<sup>1</sup>. Em casos tais, o processo criminal é deflagrado diante da dúvida, aplicando-se o brocardo segundo o qual *in dubio pro societate*.

Nessa perspectiva, concebe-se como de pouca técnica as incursões no âmago da prova para o oferecimento da ação penal e adequação típica da conduta do imputado, pois emergindo ela dúbia, deve o Estado direcionar sua imputação no crime mais maléfico para a sociedade, desde que provável, exatamente em razão dos compromissos assumidos para com a coletividade, em homenagem aos princípios processuais aplicáveis a essa

<sup>1</sup> Por óbvio, despicando falar-se em materialidade quando o crime for de mera conduta ou formal.

fase processual e por ser vedado, de acordo com a maioria, a “imputação alternativa”<sup>2</sup> preconizada por Afrânio.

Em razão disso, sempre que existir dúvida acerca da conduta do criminoso, se mercador ou usuário de drogas, havendo justa causa para o oferecimento da ação penal, deve o crime mais grave ser veiculado na inicial. Apenas se, ao final, essa subsistir meramente provável, mas remanescendo certo o uso, é que deve o delito ser desclassificado.

Foi por isso que, naquele caso, após exame do inquérito procedido pela Polícia Federal, acreditávamos tratar-se de tráfico de entorpecente, sobejando razões para essa conclusão, consoante assim externamos, *in verbis*:

Primeiro, “as circunstâncias fáticas permitiram concluir que se trata de tráfico, haja vista que a apreensão deu-se após cumprimento de Mandado de Prisão Temporária, expedido pela 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS, em operação nacional que desarticulou quadrilha internacional de tráfico internacional de drogas, da qual o preso é acusado de fazer parte”.

Segundo, “a maconha apreendida não apresenta indícios de ter sido manuseada para uso”. Afinal, por que estaria prensada e envolta em fita adesiva se sua destinação era o uso corrente?

Terceiro, juntou-se aos autos Boletim de Vida Progressiva do Indiciado, no qual ele informou ter como vício apenas o cigarro.

Tratando-se, portanto, de crime de maior potencial ofensivo (tráfico de drogas), revestido de hediondez, a questão que se colava a partir de então era saber como solver esse conflito de entendimentos. Isso porque, em posições antagônicas, tínhamos, de um lado, a manifestação do Promotor que oficiava perante a vara criminal, assentada na premissa de que o crime seria de uso e, do outro, aquela que acabávamos de sustentar. Aguçava mais ainda nossa reflexão o fato de que a promoção daquele órgão do “Parquet” havia sido acolhida pelo magistrado, cuja competência fora declinada para o Juizado Especial Criminal, onde atuávamos.

O ponto difícil da questão era saber qual a via adequada para solução da controvérsia: o incidente de exceção de incompetência ou o conflito de atribuição?

A análise desse busílis não poderia passar ao largo da Magna Carta, porquanto seus vetores axiológicos impregnam, inexoravelmente, todo ordenamento jurídico, bem como toda sorte de exegese que eventualmente pretendamos fazer.

Nesse sentido, passemos à leitura do que dispõem os artigos 127 e 129, I, da CRFB’88.

“Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à atividade jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais disponíveis.

Art. 129- São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública;”

Sob essa premissa maior é que temos como certo que o tema devia ser submetido ao sistema acusatório, eis que ao Ministério Público se atribui a privatividade da ação penal pública.

Nesse diapasão, após reexame e aprofundamento sobre as nuances daquele caso, não concebemos como legítima outra solução senão propor fosse a controvérsia submetida ao crivo do Procurador Geral de Justiça, por meio de conflito interno de atribuição. Inexistindo uniformidade entre membros do “Parquet”, sobre qual a correta subsunção da conduta de determinada pessoa no arcabouço legal vigente, deve a chefia institucional ser instada para apor sua última palavra sobre o conflito.

Ressalte-se que não olvidamos das lições extraídas da doutrina, tampouco do denso acervo jurisprudencial que se formou acerca da impossibilidade de se suscitar conflito de atribuição quando a matéria já tiver sido jurisdicionalizada e o magistrado acolher a promoção ministerial, declinando da sua competência. Sabemos que, hoje, está assentado que, nesses casos, estar-se-ia diante de *vero* conflito de competência, cuja disciplina encontra-se prevista nos arts. 113 e seguintes do CPP.

Nesse sentido, os sempre lúcidos ensinamentos de Paccelli, segundo o qual, *in verbis*:

É que em tais situações sempre haverá uma manifestação judicial, seja para acolher o ponto de vista ministerial, seja para rejeitá-lo. Aliás, exatamente por isso o mesmo Supremo Tribunal Federal vem entendendo que quando o juiz remete os autos para outro órgão da jurisdição, independentemente do conteúdo da sua decisão, ele estaria encampando o pronunciamento do Ministério Público, assumindo assim sua incompetência<sup>3</sup>

Na mesma linha, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência. Senão, vejamos:

Muito embora estejam discordantes, de um lado, membro do Ministério Público Federal e, de outro, membro do Ministério Público Estadual sobre de quem é a atribuição de processar as peças de informação do inquérito policial, os respectivos Juízos encamparam suas razões, o que transmuda a situação de mero conflito de atribuições para conflito de competência, na medida em que, mesmo não tendo sido inaugurada a fase judicial, houve por parte dos órgãos jurisdicionais envolvidos efetivo pronunciamento acerca de suas competências, no caso, recusando-as antecipadamente. (...)<sup>4</sup>

Em outro julgado, assim se manifestou, *in verbis*:

Quando, ainda que apenas acolhendo as manifestações dos respectivos órgãos ministeriais, pronunciaram-se as autoridades judiciárias acerca da controvérsia, caracterizado está o conflito de competência. Precedentes do STJ. Sendo desconhecida a autoria do crime de roubo, o foro competente para o processo e julgamento do feito é o do local onde se consumaram os crimes de receptação e de adulteração de chassi do veículo. Conflito de atribuição conhecido como de competência para declarar competente o Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal de Belo Horizonte/MG.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Cf. JARDIM, Afrânio Silva. In **Ação Penal Pública** – Princípio da Obrigatoriedade. 2 ed. Rio de Janeiro:Forense, 1962, para o qual não “deve impressionar a circunstância de o titular da ação penal tornar explícita a sua dúvida em relação a que conduta efetivamente o acusado praticara (imputação alternativa) ou qual dos acusados que praticou a infração penal (alternatividade subjetiva). A dúvida a isto se resume, pois há firme convicção de que uma infração foi realmente praticada, determinável após a instrução criminal contraditória. Ademais, a petição inicial (denúncia) nada mais é do que uma proposta, uma probabilidade. É o ato processual hábil a trazer ao Poder Judiciário a apreciação de um ou mais fatos (...) Na imputação alternativa a acusação penal é determinada e os fatos são atribuídos aos réus de forma concreta, descritas todas as circunstâncias, como quer o art. 41 do Código de Processo Penal”.

<sup>3</sup> Oliveira, Eugênio Paccelli de. **Curso de Processo Penal**. 6 ed.– Belo Horizonte: Del Rey, 2006. página 51.

<sup>4</sup> *Idem. Ibidem*

<sup>5</sup> Cat. 159/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09.03.2005, DJ 21.03.2005 p. 212.

Verifica-se, portanto, que, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, há vozes quase uníssonas no sentido de que, na medida em que a promoção do “Parquet” é encampada pelo judiciário, que declina da sua competência, não há mais espaço idôneo para que se discuta conflito de atribuição.

Todavia, a certeza da inaplicabilidade desse entendimento ao caso proposto (conflito entre Promotores sobre se determinada conduta representa crime de tráfico ou uso de drogas) cresce na mesma proporção que aprofundamos nossa análise nas suas peculiaridades. A doutrina e jurisprudência acima colacionadas, embora seduzam em um primeiro lance de vista, não se sustentam depois de acurado exame do caso ora proposto. Isso porque a questão sobre a qual outrora debruçaram doutrina e jurisprudência não se confundem com aquela agora enfrentada.

Diz-se isso, pois, naqueles casos, a tese encampada pelos magistrados incide inelutavelmente sobre a competência, mesmo que implicitamente. Por exemplo, se o Ministério Público entende que determinado crime é de tráfico, mas não internacional, a competência deve ser declinada para Justiça Comum, não fazendo o magistrado qualquer juízo de tipicidade, sendo-lhe impositivo declinar da competência, já que a opinião sobre o crime não lhe pertence, e a tipificação promovida por aquele que a exerce afasta seu julgamento. Mas a situação que propomos é outra!

No caso que enfrentamos, não se discutia competência, mas a correta subsunção da conduta do investigado ao ordenamento jurídico abstratamente previsto. Apenas obliquamente é que essa controvérsia repercutia na competência. Não se questionava se determinado crime era da atribuição deste ou daquele órgão de execução, da competência deste ou daquele juízo, mas qual o crime praticado pelo investigado. Até porque, ninguém ousaria contestar a competência do Juizado Especial para o julgamento do crime de uso de drogas e a competência da Justiça Comum para o de tráfico.

Em outras palavras, no caso em testilha a competência não era a questão controvertida, mas, sim, mera consequência da tipificação da conduta do agente.

Sendo assim, a se conceber conflito de competência para sua solução, estar-se-ia atribuindo ao Poder Judiciário dizer sobre o crime praticado pelo investigado, se de uso ou tráfico, o que, além de incompatível com o próprio sistema acusatório, violaria axioma básico no sentido de que é o “Parquet” quem detém o *dominus litis* e exerce a *opinio delicti*.

Por essa razão é que o conflito que se instalou devia ser submetido à chefia institucional a qual se vinculavam os Promotores de Justiça discordantes, não havendo falar-se em conflito de competência, sob pena de subversão do sistema reinante no

Processo Penal, dos princípios aplicáveis à espécie e de pré-julgamento pelo Estado-Juiz.

Quer se dizer com isso que, nos casos em que os conflitos cingirem-se, *prima facie*, na correta tipificação de determinada conduta, deve a matéria ser remetida para o Procurador Geral de Justiça, nos termos do que dispõe o art. 10, X, da L. 8625/93; art. 18, XXII, da LC 34/94 do Estado de Minas Gerais; e art. 26, VII, da LC 75/93.

## II – Sugestão

Em observância ao sistema constitucional imposto, deveriam os inquéritos policiais ser remetidos diretamente ao Ministério Público, sem a interposição do Poder Judiciário, a fim de tornar mais célere o seu trâmite, facilitar o controle externo da atividade policial e, sobretudo, retirar o juiz da fase persecutório-administrativa, preservando sua imparcialidade.

Foi essa a sistemática implementada no Estado do Rio de Janeiro, através das Promotorias de Investigação Penal, cuja proposta não fora outra senão reafirmar o postulado do Sistema Acusatório<sup>6</sup>. Nesse ente da federação, os procedimentos investigativos não são distribuídos no judiciário, exceto em caso de flagrante ou de requerimentos cautelares, sendo retilínea a relação travada entre a polícia judiciária e o Ministério Público.

Afinal, nada mais contraditório do que conferir ao “Parquet” o *dominus litis* e a *opinio delicti* e, por outro lado, submeter-lhe ao crivo jurisdicional quando pretender alguma complementação investigativa. Por que requeremos se poderíamos requisitar?

Em face disso, temos que a adoção da experiência fluminense não só atenderia aos ditames constitucionais, como evitaria distorções como a que tivemos a oportunidade de expor, na medida em que, antes da propositura da ação penal, as investigações não transitariam pelo judiciário, não havendo falar-se em conflito de competência.

## III - Conclusão

Sob essas premissas, não vemos como possível aplicarmos o entendimento já consolidado pelos tribunais e doutrina, já que a questão trazida a debate possui nuances que a distingue das que até hoje foram analisadas, devendo a matéria ser solvida no âmbito do Ministério Público, por meio de conflito interno de atribuição, pois, antes de se tratar de questão que repercute na competência, suas implicações relacionam-se, diretamente, com a vocação constitucional do “Parquet”.

<sup>6</sup> Resolução 786, de 02 de dezembro de 1997. Estabelece atribuição das Promotorias de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em matéria criminal

## 4.4 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

### 4.4.1 Conta corrente salário



Mariana Mendes Almas

A conta corrente salário instituída pelas Resoluções 3.402 e 3.424 do Banco Central do Brasil foi criada no ano de 2000, consiste em uma conta criada pela empresa, fonte pagadora, com o banco de sua escolha e isenta o trabalhador/beneficiário de qualquer ônus, não incidindo outras taxas e tarifas, como nas contas correntes normais. É exclusivamente para o pagamento de salários. O contrato não é realizado pelo correntista e sim pela empresa pagadora, portanto este é somente o beneficiário. A tarifa e manutenção da conta corrente salário é negociada e cobrada da empresa pagadora do salário.

A conta corrente salário é a que melhor se aplica para o trabalhador que retira integralmente seu salário numa única operação e quer manter sua conta corrente em outro banco de sua preferência. Nesse tipo específico de contrato, não é possível a efetuação de transações diárias, como saques, débitos e depósitos, a movimentação da conta é realizada somente por cartão magnético nas agências bancárias e nos atendimentos eletrônicos.

Ainda há a vantagem para o trabalhador/beneficiário, que segundo Jorge Higashino, superintendente de Negócios Especiais da Federação Brasileira de Bancos (Febraban), o dinheiro da conta corrente salário poderá ser automaticamente enviado para uma conta corrente do trabalhador em outro banco, sem taxa de transferência (DOC). Basta que o beneficiado informe a opção ao banco onde tem a conta salário, e o próprio banco se encarregará da tarefa.

“O objetivo do governo é promover a concorrência e diminuir os juros”, diz Amaro Gomes, chefe do Departamento de Normas do Banco Central. A medida é considerada efetiva e vai mexer bastante com o mercado, pois os bancos terão que disputar clientes e seduzi-los com descontos de tarifas e taxas diferenciadas em empréstimos para evitar a migração, segundo Marcos Crivelaro, professor e consultor de finanças pessoais.

É válido ressaltar que nem toda conta usada para recebimento de salário é conta corrente salário, somente as contas negociadas entre empregador e banco são efetivamente contas correntes salário. A conta assinada entre banco e correntista, mesmo a pedido da empresa pagadora, se torna conta corrente normal, sujeitando à cobrança das tarifas permitidas pela regulamentação em vigor.

Para ter a conta corrente salário não é necessário que o trabalhador tenha conta corrente em algum outro banco e simplesmente poderá sacar o dinheiro da conta salário sem nenhum custo. Assim com a conta salário, o trabalhador não é

**Mariana Mendes Almas**

*Estagiária do Ministério Público de Minas Gerais*

mais obrigado a ter conta corrente indicada pela empresa para receber seu salário.

Segundo o Procon há diversas vantagens em ter conta corrente salário, a mais importante é a possibilidade de negociar tarifas e serviços com o banco. “O consumidor vai estar armado para lidar com o mercado. Ele tem que pesquisar e verificar qual o seu perfil e qual a instituição que melhor se adapta, que tem preços mais convidativos”, diz a técnica Renata Reis da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor.

Na hora de escolher o banco, o Procon ensina que é preciso verificar as tarifas cobradas para a manutenção da conta, apurar as vantagens dos pacotes de serviços e ficar atento aos percentuais de encargos e juros pré-fixados no caso de empréstimos pessoal. Os juros do cheque especial também variam de banco para banco.

Os bancos são obrigados a cumprir as determinações da Resolução 3.402, caso contrário estão sujeitos a processo administrativo que pode resultar em três tipos de punição: advertência, multa de até 100 mil reais e desabilitação do diretor da instituição para trabalhar no sistema financeiro.

Os empregados que poderão ter a conta corrente salário serão os com contrato assinado a partir de 6 de setembro de 2006. A partir de 2 de abril de 2007, essas pessoas devem comunicar à empresa ou à instituição financeira onde recebem o salário, o banco e a conta corrente em que o salário deve ser depositado. Para os funcionários com contratos anteriores a 6 de setembro de 2006, a resolução só entrará em vigor a partir de 2 de janeiro de 2009. Os servidores públicos só terão a possibilidade de escolher o banco em que receberão o salário após 31 de dezembro de 2011.

A conta corrente comum regulamentada pela Resolução 2.025 do Banco Central do Brasil é o instrumento pelo qual o banco contratado oferece ao correntista contratante serviços em que deixe seu dinheiro em local relativamente seguro, com serviços de transações diárias, como depósitos, saques e débitos, mediante o pagamento de tarifas previamente estipuladas de acordo com a regulamentação em vigor. Já a conta corrente salário é o contrato entre o banco escolhido e a empresa pagadora, que assina contrato exclusivo para pagamento de salário para seu funcionário. As tarifas são cobradas da empresa e o trabalhador fica livre de qualquer ônus, porém não tem direito a transações diárias. A diferença entre as duas opções oferecidas são claras e distintas, cada uma possui sua vantagem, vale ressaltar que entre elas a que beneficia mais o trabalhador é certamente a conta salário que o deixa livre de cobranças, as quais ficarão a encargo do empregador.

#### Bibliografia

<http://www.febraban.org.br/Arquivo/Servicos/Dicasclientes/dicas1.asp>

<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/03/31/materia.2007-03-31-9515732408/view>

## 4.5 QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE O DIREITO REGISTRAL E NOTARIAL

### 4.5.1 O princípio da eficiência e o titular da serventia extrajudicial

**Alexandre Artur Mendes Soares**

*Advogado em Minas Gerais.*



**Alexandre Artur  
Mendes Soares**

Muitos se preocupam com a certificação digital ou, somente, com a informatização dos cartórios extrajudiciais, mas apesar de serem temas muito importantes, há outros de igual importância para o mundo cartorário, para que se tenha um cartório ideal, entre eles destaca-se a visão empresarial que deve ser dada à serventia, aplicando-se o princípio da eficiência.

No presente trabalho serão desenvolvidos o princípio da eficiência e o aspecto empresarial que devem permear os respectivos serviços.

Apesar das serventias poderem ser particulares ou oficializadas, o princípio da eficiência se aplica a ambas, como o mestre Edimur Ferreira de Faria (ano 2001, p. 72) expõe com sabedoria:

A competitividade no mundo dos negócios, principalmente, com a globalização econômica, exige da iniciativa privada e da Administração Pública comportamento e atuação de modo a produzir resultados eficazes, com eficiência.

Porém, a visão de lucratividade é própria das atividades particulares e, dessa forma, o presente estudo não se aplica às serventias oficializadas nesse ponto, mas plenamente aplicável em relação aos demais temas tratados.

Tanto o artigo 4º, da Lei Federal n. 8.935/94 (Lei dos Notários e Registradores), quanto o artigo 6º, § 1º Lei Federal n. 8.987/95 (Lei das concessões e permissões de serviços públicos) ou, mesmo, a Constituição de 1988 se referem ao princípio da eficiência.

Mas o que é o princípio da eficiência aplicado aos serviços públicos?

A administrativista Fernanda Marinela (2005, p. 41) nos traz a resposta:

Para os serviços, este princípio requer um aperfeiçoamento na sua prestação, que tem que ser eficiente quanto aos meios para sua implementação e quanto aos resultados obtidos, além da necessidade de eficiência qualitativa e quantitativamente destas atividades, o que se está ainda um pouco longe de atingir.

Walter Ceneviva (2002, p. 35) complementa:

Objetivamente, é eficiente a conduta que permita, no menor prazo e com a melhor qualidade, realizar a finalidade específica da função do notário e do registrador. São adequadas, as condutas proporcionais, às necessidades do serviço notarial e de registro, compatíveis com o número e a complexidade da clientela, de maneira a satisfazer as necessidades desta.

Como é muito amplo o campo de abrangência do referido

princípio pontuaremos algumas situações que parecem merecer cuidado especial nas serventias, sem termos a pretensão de esgotar o tema.

Em relação ao tabelião ou oficial de registro, o princípio da eficiência se materializa nos seguintes aspectos:

A organização e a boa administração são fundamentais para que o delegatário possa ter como gerenciar com eficácia o seu negócio. E, nas palavras de Chiavenato (2004, p. 6):

Administrar não significa simplesmente executar tarefas ou operações, mas fazer com que elas sejam executadas por outras pessoas em conjunto e de maneira satisfatória e que traga resultados. O administrador não é o que faz, mas o que faz fazer. A administração faz as coisas acontecerem através das pessoas em conjunto para permitir que as organizações alcancem sucesso em suas estratégias e operações.

O registrador e tabelião, bem como toda sua equipe, devem estar em constante atualização uma vez que o serviço que desenvolvem é de organização técnica e administrativa (art. 1º, *caput*, da Lei Federal n. 8.935, de 18 de novembro de 1994 - Lei dos Notários e Registradores) e envolve conhecimentos jurídicos que devido à atividade legislativa permanente dos deputados e senadores está em constante alteração.

Além do mais, conforme entendimento atual do STF, o delegatário responde objetivamente por tudo que se passa no cartório. Bastando a quem alega provar o dano, a conduta e o nexo causal entre a conduta e o dano. Cabendo não só danos materiais, mas inclusive direito a danos morais de acordo com previsão do artigo 5º, inciso X, da Lei Maior. Daí surge a necessidade imperiosa de executar o serviço com uma boa qualidade e num prazo razoável, sem esquecer de tratar o cliente da melhor forma possível, uma vez que mal servido além de atuar como uma péssima propaganda, o cliente ainda poderá ser um litigante feroz.

Fitzsimmons e Fitzsimmons (2000, p. 295) faz a seguinte observação: “Clientes felizes irão provavelmente ser mais lucrativos do que clientes infelizes.” Enquanto Idalberto Chiavenato (2004, p. 174) traz outra reflexão não menos importante: “A satisfação do cliente está em primeiro lugar. É a chave dos negócios do futuro.”

O mundo moderno, principalmente após a massificação da internet, tem como característica a velocidade nas transformações e quem não está preparado para acompanhá-las pode perder o “bonde da história”. Podemos citar como exemplo o caso do motorneiro (motorista do bonde) que, por não estar atento ao momento histórico em que vivia, não aprendeu uma nova profissão e uma bela noite dormiu empregado e acordou sem profissão. Dessa forma, o titular da serventia extrajudicial deve estar atento a todas as mudanças de cenário político que aumentem ou, principalmente, diminuam atribuições. Também deve fazer parte de uma associação forte e atuante para defender

os interesses legítimos da categoria.

O oficial deve estar envolvido com a sociedade em seus problemas e alegrias uma vez que faz parte dela. Ele deve cumprir sua função social. Muito mais que preocupação empresarial é uma preocupação cidadã que decorre da necessidade de repor ao titular do poder, ou seja, o povo (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição de Outubro) um pouco do que arrecada, conforme elucida Maximiano (2006, p. 426):

O Princípio da responsabilidade social baseia-se na premissa de que as organizações são instituições sociais, que existem com autorização da sociedade, utilizam os recursos da sociedade e afetam a qualidade de vida da sociedade.

E, completa:

Não há discussão sobre o fato de que as organizações, assim como os indivíduos, têm responsabilidades sociais, na medida em que seu comportamento afeta outras pessoas e, querendo elas ou não, há pessoas e grupos dispostos a cobrar essas responsabilidades por meio do ativismo político, da imprensa, da legislação e da atuação nos parlamentos. (MAXIMIANO, 2006, p. 425).

O Brasil é cheio de desigualdades sociais, como via de regra todo país emergente, mas se cada um de nós fizer alguma coisa, por pouco que possa parecer, no final, por meio do efeito multiplicador que as ações positivas têm, todos serão atingidos e terão uma melhora na qualidade de vida.

É praticamente impossível, a não ser em pequenas serventias, a participação física do delegatário em todos os atos praticados na serventia sob sua gestão. Para que o serviço flua da melhor maneira possível é necessário que se faça a delegação de funções, mas para que isso ocorra é necessário que haja uma padronização nos procedimentos que pode ser feita por meio de um órgão de certificação externa da serventia conferindo ares de profissionalismo e gerando economia de tempo, melhora no atendimento e evitando a ocorrência de erros. Assim se pronuncia Chiavenato (2004, p. 274) a respeito da descentralização:

A descentralização oferece muitas vantagens à organização. As decisões são tomadas no local do trabalho, as pessoas nos níveis mais baixos ficam mais motivadas; as pessoas têm oportunidade de desenvolver habilidades de tomar decisões.

Para que ocorra a descentralização é necessário que todos os funcionários conheçam todo o procedimento do cartório e

que seja feita uma divisão de tarefas, como se fosse numa linha de montagem, como sugere Fitzsimmons e Fitzsimmons (2000, p. 103):

A abordagem de um serviço como linha de produção aponta para a divisão do conjunto do trabalho em grupos de tarefas simples. Essa agregação de tarefas permite a especialização das habilidades de trabalho [...].

E isso só é possível por meio da padronização de rotinas como mencionado alhures. E no entendimento de Fitzsimmons e Fitzsimmons (2000, p. 103):

A padronização e a qualidade (definidas como consistência no atendimento das especificações) são as marcas registradas de uma linha de produção. Para serviços de rotina padronizada, a consistência no desempenho do serviço é valorizada pelos clientes.

Como ocorre com os juizes e promotores de justiça, o titular deve receber qualquer pessoa para ouvi-la, tratando-a com paciência e urbanidade mesmo que esta se apresente um pouco exaltada. Como diz a máxima da experiência: “o cliente sempre tem razão”.

O judiciário é responsável por fiscalizar as serventias extrajudiciais e para que isso ocorra da melhor maneira possível é necessário que haja um canal aberto de diálogo entre o juiz responsável pela fiscalização e o titular da serventia. Os dois têm objetivos comuns: a melhora da qualidade da prestação do serviço público.

E, finalmente, a questão ética também deve ser levada em consideração na condução da atividade, conforme menciona Chiavenato (2004, p. 179):

A ética profissional é o comportamento moral na atividade administrativa e na condução dos negócios da organização. A sociedade moderna espera que as suas instituições sociais conduzam suas atividades de acordo com elevados padrões de ética e de conduta socialmente responsável.

O cartório ideal deve ser concebido com uma visão empresarial do negócio, sem esquecer da preocupação social que deve estar presente em todos os cidadãos para a prestação de bons serviços e obtenção de lucro, pois como bem lembra Sloan, citado por Maximiano (2006, p. 330): “O objetivo estratégico de uma empresa é obter retorno do capital. Se, em um caso específico, o retorno em longo prazo não for satisfatório, o defeito deve ser corrigido ou a atividade deve ser abandonada”.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/Legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed>>. Acesso em: 25 ago. 2006.
- BRASIL, **Lei 8.935**, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2006.
- CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e Registradores Comentada**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Administração nos novos tempos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 4.ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey: 2001.
- FITZSIMMONS, James A.; FITZSIMMONS, Mona J. **Administração de serviços: operações, estratégia e tecnologia da informação**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2000.
- MAXIMIANO, Antonio César Amaru. **Teoria Geral da Administração: da revolução urbana à revolução digital**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. **Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivum, 2005. v. I.

## 4.6 SOCIEDADE EM DEBATE

### 4.6.1 O biopoder e o direito à privacidade: a tecnologia a serviço da sociedade de controle

**Riany Alves de Freitas<sup>1</sup>**

*Técnica do Ministério Público de Minas Gerais*

*Pós-Graduada em Gestão Estratégica da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais*

*Graduada em Tecnologia em Processamento de dados pela Fundação Mineira de Educação e Cultura*

*Acadêmica em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*



**Riany Alves de Freitas**

#### Resumo

O problema da utilização de meios tecnológicos para monitorar, registrar e reconhecer a população como instrumento de controle da sociedade: o biopoder e a utilização do Direito em defesa da sociedade contra a irrestrita coleta e utilização de dados pessoais.

**Palavras-chaves:** Monitorar; Registrar; Reconhecer; Direito à Privacidade; Biopoder.

#### Abstract

The problem of the technological ways to monitor, to register and recognize the population as instrument of control on the society: biopower and the use of the Law as society's defense against the unrestricted collection and use of personal datas.

**Keywords:** to monitor; to register; to recognize, right to privacy; biopower.

#### 1. Introdução

Existe uma constante mudança nas formas de imposição de poder e suas relações nas sociedades. Em cada período da história, observam-se adaptações no sistema soberano, em que as características predominantes de um se convertem em outras características. Neste trabalho, é de fundamental importância demonstrar as definições de Foucault sobre o poder excludente, disciplinar e o biopoder.

Para Foucault, o poder excludente, predominante na Antiguidade e na Idade Média, compreende a “marginalização”, em que os indivíduos considerados anormais são rejeitados, excluídos do convívio social, em espaço separado fora dos limites da comunidade. A reação que se demonstra é negativa, pois as sanções são repressivas e punitivas. “É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do suplício e do carrasco.” (FOUCAULT, 1987, p. 63).

O poder disciplinar, emergente no final do século XVII, é aquele que impõe determinadas formas de conduta desejáveis e os indivíduos são docilizados. A reação é positiva, pois não mais são reprimidos os indivíduos, apenas são tornados submissos e destinados a se comportarem de determinada maneira pré-estabelecida. Os indivíduos não são excluídos, mas treinados e capacitados ao exercício do trabalho. O objetivo é diminuir os custos do poder, tornar os indivíduos dóceis, úteis à produtividade, aumentar a produção de aptidões para trabalhar em escolas, hospitais, etc, e ao mesmo tempo, intensificar os efeitos do poder.

O conceito de disciplina de FOUCAULT, definido pelas técnicas de controle e sujeição do corpo com o objetivo de tornar o indivíduo dócil e útil, capaz de fazer o que queremos e de operar como queremos, representa uma teoria materialista da ideologia nas sociedades capitalistas, implementada com o objetivo de separar o poder do sujeito sobre a capacidade produtiva do corpo, necessário para a subordinação do trabalho assalariado ao capital. (SANTOS, 2005, p. 8).

Este trabalho tem por foco o controle populacional, emergente na segunda metade do século XVIII, no qual o Estado utiliza tecnologias e estatísticas para exercer o seu poder sobre a sociedade: o biopoder, e em consequência disso, acaba por ferir o direito de privacidade, igualdade e liberdade da população. Não procuramos restringir o trabalho somente à população brasileira, uma vez que o biopoder pode ser exercido em qualquer população que utiliza os meios tecnológicos para exercer o controle sobre os controlados.

#### 2. Monitorar, registrar e reconhecer

A tríade de direitos indispensáveis ao direito à privacidade consiste em não ser monitorado, registrado ou reconhecido. Vianna (2007) define que monitorar significa utilizar instrumentos eletrônicos para ampliar os sentidos humanos e focalizá-los sobre determinados ambientes, comunicações ou pessoas, com fins de controle e/ou registro de condutas. Esta técnica tem por antecedente o panoptismo.

Os primeiros estudos sociológicos e jurídicos sobre a monitoração eletrônica identificam seus antecedentes no panoptismo. O panóptico foi concebido por Jeremy Bentham, no século XVIII, como um instrumento arquitetônico de controle disciplinar que poderia ser aplicado tanto a prisões quanto a

<sup>1</sup> Agradecimento especial a meu filho Jean Carlos pela compreensão e carinho.

manufaturas, hospitais, hospícios, escolas, ou qualquer outro estabelecimento no qual pessoas de qualquer tipo necessitem ser mantidas sob inspeção. (VIANNA, 2007, p. 71).

Para Vianna (2007), registrar, por sua vez, significa utilizar técnicas de ampliação da memória humana por meio da coleta e armazenamento de informações em banco de dados para eternizar o momento monitorado, permitindo que os sentidos humanos possam ser acessados no futuro. A técnica do registro já era utilizada desde a Antiguidade. “Os registros já eram utilizados como instrumento de controle social na Antiguidade. Desde o tempo dos antigos assírios, se não antes, os governos estiveram interessados em coletar e armazenar informações sobre os povos que controlavam”. (VIANNA, 2007, p. 86).

Por fim, reconhecer significa utilizar técnicas de comparação entre registros de monitoração atuais e registros passados com o objetivo de detectar e gerar um mapa seletivo que possibilita a filtragem estatística de populações inteiras. “O retrato pintado foi, por muito tempo, o registro mais eficaz para um reconhecimento futuro, mas seu alto custo, limitava sua utilização em larga escala”. (VIANNA, 2007, p. 117).

É a partir desta tríade que se tem todas as ferramentas necessárias para filtrar e detectar os indivíduos que supostamente representam algum risco e possam ser indesejáveis na sociedade, por isso, é preciso utilizar com ponderação o avançado recurso informacional disponível hoje.

Para Vianna (2007), os mecanismos de se garantir a transparência pública e a opacidade privada são a utilização da internet para disponibilização de dados de interesse público a toda população e a criptografia<sup>1</sup>, para que as informações sigilosas possam ser acessadas somente a quem de direito.

### 3. O Direito à Privacidade

O direito à privacidade, até o final do século XIX, estava vinculado ao direito de propriedade, como garantia da inviolabilidade de domicílio. Depois disso, Warren e Brandeis desvinculam o direito à privacidade do direito à propriedade, e enfatizaram em um artigo publicado na revista da Faculdade de Direito de Harvard, em 1890, a tutela do direito à não publicação de registros pessoais.

Hoje, o direito de não ser monitorado, registrado e reconhecido é fundamento do direito à privacidade, bem como do Estado Democrático de Direito, como garantia ao direito à liberdade de associação, de manifestação de pensamento, à liberdade e à igualdade e aos direitos políticos.

O direito à privacidade, concebido como uma tríade de direitos – direito de não ser monitorado, direito de não ser registrado e direito de não ser reconhecido (direito de não ter registros pessoais publicados) – transcende, pois, nas sociedades informacionais, os limites de mero direito de interesse privado para se tornar em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. (VIANNA, 2007, p. 116).

Preservar a privacidade é uma forma de conter o poder arbitrário do Estado, garantindo às pessoas o direito de exercer

a cidadania sem sofrer qualquer tipo de constrangimento. “Ao garantir a privacidade do eleitor, o Direito garante também sua liberdade de manifestação de pensamento e de exercício dos direitos políticos, evitando qualquer forma de constrangimento nas votações.” (VIANNA, 2007, p. 115).

O regime nazista demonstrou claramente que o registro das características da população pode ser utilizado como filtragem dos indivíduos indesejáveis. Ao registrar os judeus, os homossexuais, entre outros, instituíram-se os precedentes necessários ao totalitarismo seletivo e ao extermínio dos considerados indesejados ao Estado Alemão.

É simples notar que o desenvolvimento tecnológico, a informatização, principalmente a Internet e a popularização dos meios de comunicação em massa facilitam e muito a quebra deste direito, porque tornam acessíveis em apenas alguns clicks as informações de interesse privado, tornando-as públicas sem devido consentimento. “Com efeito, o desenvolvimento da imprensa, e particularmente dos meios audiovisuais de comunicação de massa, por um lado, da informática, por outro, veio pôr em grave risco o direito de cada um não ver exposta a sua vida privada, e, mais, a sua vida íntima à indiscrição alheia. Inclusive a do Estado”. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 293).

O direito à privacidade, hoje, por não estar apenas subordinado ao direito de propriedade, é de abrangência muito maior e necessita ampla defesa jurídica a fim de conter os abusos e desrespeitos à vida alheia, principalmente no que tange à utilização de meios informatizados de disseminação em massa.

### 4. O Biopoder

O biopoder se baseia, de acordo com Vianna (2007), no “monitorar, registrar e reconhecer”. Trata-se da coleta e armazenamento das informações e do seu tratamento estatístico que irá definir as normas em tempo real. “A vigilância nas sociedades biopolíticas tem como função fornecer dados para a criação da norma que irá definir quem é “normal” e quem é “anormal”.” (VIANNA, 2007, p. 147). A partir destas três ações é perfeitamente possível estabelecer regras de exclusão, caso seja conveniente para o Estado.

Na soberania absolutista, “fazer morrer” e “deixar viver” eram práticas comuns. No biopoder, ao contrário, o objetivo é “fazer viver”, mesmo que para isso se “deixe morrer” aqueles que supostamente possam ser uma ameaça aos teoricamente “normais”. Os doentes, os negros, os pobres, as minorias são exemplos de indivíduos tratados, na sociedade do biopoder, como seres anormais, e diante da pouca aplicação ou ausência do direito, são “deixados morrer” sob o pretexto de garantir a vida dos “cidadãos de bem”. Na sociedade neoliberal, o Estado “faz viver” os mais ricos, e “deixa morrer” os mais pobres.

Aquém, portanto do grande poder absoluto, dramático, sombrio que era o poder da soberania, e que consistia em poder fazer morrer, eis que aparece agora, com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a “população” enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de “fazer viver”.

<sup>2</sup> LUCCA, Newton De; Simão Filho, Adalberto (Coords.) e outros definem criptografia como a técnica utilizada para garantir o sigilo das comunicações em ambientes inseguros ou em situações conflituosas. Atualmente, sua aplicação se expandiu para além do mero sigilo, tornando-se um elemento essencial na formação de uma infra-estrutura para o comércio eletrônico e a troca de informações. [...] O mecanismo funciona pela aplicação de um padrão secreto de substituição dos caracteres, de maneira que a mensagem se torne ininteligível para quem não conheça o padrão criptográfico utilizado.

A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder que eu chamaria de regulamentação e que consistem ao contrário, em fazer viver e em deixar morrer. (FOUCAULT, 1999, p. 294).

No biopoder, não mais é necessário docilizar os indivíduos para se obter a máxima produtividade, pois há excesso de mão-de-obra. “O desafio da economia pós-industrial não é mais maximizar a produção, mas manter afastadas as massas de miseráveis que, por não participarem da produção, não participam tampouco do consumo.” (VIANNA, 2007, p. 151).

Aqui, a tecnologia é imprescindível. Através dela é possível manter uma base de dados com todas as informações que se julgar pertinentes sobre uma população e utilizá-las posteriormente sem a devida autorização ou o devido cuidado com o direito à privacidade. O “racismo de Estado” aparece declarando guerra a todos aqueles considerados inimigos, os terroristas, os traficantes, ao passo que os amigos são protegidos. “Monitorar, registrar, reconhecer” para determinar estatisticamente quem é o amigo e quem é o inimigo ou, em uma palavra, para filtrar dentro da população os mais aptos da espécie que merecem a intervenção do Estado para fazer viver, restando aos demais o “deixar morrer”. (VIANNA, 2007, p. 155).

Assim, o Direito não é aplicado a uma parcela da sociedade, estatisticamente selecionada através da filtragem de informações conseguidas por mecanismos de monitoração, registro e reconhecimento. Estes mecanismos não são usados para vigiar a todos igualmente, mas buscam identificar os inimigos em prol da segurança dos indivíduos mais favorecidos.

O Direito, ao visar à igualdade e à não-exclusão de parcelas da sociedade, acaba por tornar-se um empecilho ao biopoder. “O Direito torna-se um empecilho para o exercício máximo de biopoder e, justamente por isso, necessário se faz que os setores excluídos se apoderem do discurso jurídico para torná-lo em um instrumento de resistência”. (VIANNA, 2007, p. 172). Faz-se necessária, portanto, a utilização do direito como ferramenta de resistência da população contra a expansão da sociedade de biopoder para, assim, evitar-se o racismo estatal.

## Referências bibliográficas

- BRAGA, S. VLAC, V. **Os usos políticos da tecnologia, o biopoder e a sociedade de controle: considerações preliminares.** *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales.* Barcelona: Universidad de Barcelona, 1 de agosto de 2004, vol. VIII, núm. 170(42). Disponível em: <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-170-42.htm> [ISSN: 1138-9788].
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2003. 301p.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France.** Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. - (Coleção Tópicos). 382p.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão;** tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. 288p.
- LUCCA, Newton De e Simão Filho, Adalberto (coordenadores e outros). **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes.** Bauru: São Paulo: Edipro, 1ª reimpr., 2001. 512p.
- POGREBINCHI, Thamy. **Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n63/a08n63.pdf>. Acesso em: 04 Jun. 2007.
- SANTOS, Juez Cirino. **30 anos de vigiar e punir (Foucault).** Trabalho apresentado no 11º Seminário Internacional do IBCCRIM (4 a 7 de outubro de 2005), São Paulo, SP. Disponível em: [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos\\_vigiar\\_punir.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos_vigiar_punir.pdf). Acesso em 04 Jun. 2007.
- VIANNA, Túlio Lima. **Transparência Pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação de poder na sociedade de controle.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 232p.

## 5. Conclusão

Nossa história sempre foi marcada por acontecimentos trágicos em que o poder soberano deixa de ser poder para ser excesso. Um grande exemplo disso é o Nazismo. Hoje, felizmente, muitas práticas que caracterizam o excesso de poder têm se tornado inconcebíveis em muitos países. Para outros, contudo, essa premissa não é verdadeira: pode-se perceber ainda um constante desrespeito diante da sociedade e do mundo.

Nas diferentes fases da história, o exercício de poder sempre existiu, ainda que sob representações diferentes. Hoje, o que existe é o biopoder, ou seja, aquele em que os dominantes utilizam informações monitoradas e registradas como munição para uma futura e provável seleção de indivíduos. Trata-se de recursos muito poderosos, uma vez que é muito simples reconhecer as características de toda a população, para, então, exercer o controle e o poder sobre as pessoas.

A liberdade, como alvo a ser atingido constantemente em qualquer sociedade democrática, não pode ser ameaçada pela utilização irracional dos meios tecnológicos e informatizados que existem na atualidade. Para tanto, é necessário proteger também o direito à privacidade, sendo que os indivíduos têm o direito de não ser monitorados, registrados ou reconhecidos sem que haja o devido consentimento.

Para que haja transparência pública, apenas informações significativas ao serviço do governo devem ser coletadas, não havendo qualquer registro de religião, preferência sexual ou qualquer informação de cunho unicamente particular. A Internet deve ser utilizada como meio informativo e não difamatório ou como ferramenta de exclusão social.

Além disso, a utilização do Direito deve ser ampla, como ferramenta de controle e defesa da sociedade contra a irrestrita coleta e utilização de dados pessoais. Não bastam técnicas de segurança utilizadas na informatização para evitar acessos indevidos, necessário é também que as pessoas, inclusive o Estado, utilizem deste tão primoroso recurso, com o devido cuidado e respeito à privacidade alheia.

## 4.7 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

### 4.7.1 A Fisioterapia no idoso e a Legislação Brasileira

**Diva Braga**

*Procuradora de Justiça de Minas Gerais  
Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo UNESC*

**Rafaela Paoliello Sossai e Lemos**

*Administradora de Empresas com ênfase em Análise de Sistemas pela FCHV  
Especialista em Administração com ênfase em Marketing Internacional pela FCMV / CONSULTIME  
Graduanda em Fisioterapia pela EMESCAM*

**Luciano Braga Lemos**

*Servidor do Poder Judiciário do ES  
Professor de Direito da FINAC  
Bacharel em Direito pela UFES  
Mestre em Direito - Justiça e Cidadania pela UGF*

**Luciana Rambalducci Martins Simmer**

*Administradora de Empresas pela FAESA  
Especialista em Auditoria do Serviço de Saúde pela faculdade UNICSUL*

As alterações que caracterizam a senescência são facilmente observáveis ou mesmo sentidas por todos nós, mas os mecanismos biológicos que ocorrem para o seu desenvolvimento permanecem, em grande parte, desconhecidos. Alguns marcadores típicos caracterizam o envelhecimento como perda de peso, redução de massa corpórea, cabelos grisalhos, pele enrugada, etc.

No Brasil, assim como em outros países em desenvolvimento, o interesse pela qualidade de vida na velhice é ainda incipiente e fragmentado. Isso porque a emergência da velhice como fenômeno social é muito recente e, em especial, por inserir-se num quadro de forte desigualdade social e de acentuadas carências, no qual uma minoria, como os idosos, não chega a constituir demandas capazes de mobilizar a sociedade em favor do atendimento de suas necessidades.

As disposições legais expressas na Política Nacional do Idoso são de fato um marco importante de mudanças nesse quadro, porém, refletem mais o interesse da sociedade de modo geral, representada por políticos e técnicos, do que o interesse dos idosos como indivíduos e grupo específico.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, 01/ 10/ 2003), no seu art. 1º, define como idoso as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Já estudos da Organização das Nações Unidas (ONU) faz uma divisão dos idosos em três categorias: 55 a 64 anos de idade seriam os pré-idosos; entre 65 a 79 anos os idosos jovens e com mais de 80 anos os idosos com idade avançada.

No capítulo IV, art. 15, parágrafo 1º, inciso V e parágrafo 2º, o direito à prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para reeducação das seqüelas decorrentes do agravo da saúde e dos recursos relativos à reabilitação, incluindo pagamento da fisioterapia. A Lei também respalda ao profissional da saúde o dever de comunicar aos órgãos competentes, maus

tratos contra idosos, conforme descrito no artigo 19.

A fisioterapia é ciência aplicada tendo por objeto de estudos o movimento humano em todas as suas formas de expressão e potencialidades, tanto nas alterações patológicas quanto nas repercussões psíquicas e orgânicas.

Seu objetivo é preservar, manter (forma preventiva), desenvolver ou restaurar (reabilitação) a integridade de órgãos, sistema ou função. Como processo terapêutico utiliza conhecimentos e recursos próprios, utilizando-os com base nas condições psico-físico-social, tendo por objetivo promover, aperfeiçoar ou adaptar o indivíduo a melhoria de qualidade de vida. Para tanto utiliza-se da ação isolada ou conjugada de fontes geradoras termoterápicas, crioterápicas, fototerápicas, eletroterópicas, sonioterápicas e aeroterápicas além de agentes cinésio-mecanoterápicos e outros mais advindos da evolução dos estudos e da produção científica da área. A atividade foi regulamentada pelo Decreto-Lei 938/69, Lei 6.316/75, Resoluções do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (COFFITO), Decreto 9.640/84, Lei 8.856/94 e Portarias do Ministério da Saúde.

Fisioterapeuta é o profissional de Saúde, com formação acadêmica superior, habilitado a construção do diagnóstico dos distúrbios cinéticos funcionais, a prescrição das condutas fisioterapêuticas, sua ordenação e indução no paciente, bem como o acompanhamento da evolução do quadro funcional e a sua alta do serviço. A partir da consulta fisioterapêutica, elabora o diagnóstico, o prognóstico, desenvolve projeto de intervenção com objetivos claramente definidos, descrevendo os procedimentos a serem administrados, induz a ação dos recursos terapêuticos, controla a resposta, reelabora o projeto quando indicado e decide pela alta fisioterapêutica, quando os objetivos forem atingidos ou for alcançada a máxima recuperação funcional com o paciente/cliente. As principais áreas de intervenção são: Unidade de Terapia Intensiva (UTI), dermatofuncional, ergonomia, gerontologia, ginecologia, neurologia, traumatologia, ortopedia, reu-

matologia, disfunção da articulação tempormandibular, pediatria, esportiva e outras.

A atenção fisioterapêutica propicia o desenvolvimento de ações preventivas primárias, secundárias e terciárias. Mesmo antes de a doença atingir o horizonte clínico, ou seja, de exibir sinais e sintomas, podem ser desenvolvidas intervenções preventivas. No âmbito da saúde comunitária, podem ser desenvolvidas ações preventivas visando à minimização de disfunções decorrentes de doenças crônico-degenerativas, prevenção de condições biomecanicamente desfavoráveis, escola de postura, dentre outras ações.

Os recursos mais conhecidos da Fisioterapia são: cinesioterapia, eletrotermofototerapia, mecanoterapia, recursos mani-

pulativos, hidroterapia, termoterapia, crioterapia e outros. Além disso utiliza técnicas como Reeducação Postural Global (RPG) e Reeducação Postural Global pelo Reequilíbrio Proprioceptivo e Muscular (RPM).

No idoso, a fisioterapia pode ter como objetivos: manter a independência do indivíduo idoso, prevenir acidentes e traumatismos, evitar a evolução de doenças crônicas, prevenir a perda de destreza, prevenir o isolamento físico e a solidão e prevenir problemas de saúde como incontinências, saúde mental etc.

O envelhecimento, aspiração de qualquer sociedade, só representará uma conquista quando for traduzido por uma melhor qualidade de vida. Todo cidadão tem direito ao acesso a serviços adequados às necessidades de saúde individuais e coletivas.

### Bibliografia

RAYMAYANA, Marcos, *Estatuto do Idoso comentado*, RJ: Roma Victor, 2004.

RABELATTO, José Rubens et al, *Fisioterapia geriátrica: a prática da assistência ao idoso*, SP: Manole, 2004.

CREFITO. *Fisioterapia*. Disponível em: <<http://www.crefito2.org.br/plenaria.html>>. Acesso em 5 set. 2007.

## 4.7.2 Indicação de obra de outra área

**4.7.2.1 NONAKA, Ikujiro; TAKEUCHI, Hirotaka. Criação de conhecimento na empresa. 16 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.**

Cada vez mais as organizações se diferenciam umas das outras pelo que sabem. A pressão competitiva entre as empresas põe em foco o conhecimento como o mais importante insumo de produção na era pós-industrial, passando a construir vantagem competitiva para as organizações que privilegiam o conhecimento e o aprendizado de todos os indivíduos que dela fazem parte.

Cada pessoa precisa agregar valor aos processos e produtos da empresa. E esse valor é alcançado mediante o compartilhamento do conhecimento e representa a essência da inovação. O segredo não está em deter o conhecimento nas mãos de poucos, mas divulgá-lo em toda a organização, em compartilhá-lo e não retê-lo.

Em “Criação de conhecimento na empresa”, Nonaka e Takeuchi abordam o processo pelo qual as empresas aprendem e criam de forma competitiva conhecimentos relevantes.

Os autores observam que existem dois tipos de conhecimentos: o explícito, contido nos manuais e nas normas de praxe, e o tácito, que só o obtém pela experiência através de metáforas e analogias.

Da interação entre esses dois tipos de conhecimentos, por meio dos processos de socialização, exteriorização, combinação e interiorização que a empresa facilita e amplifica o o conhecimento criado pelos indivíduos, cristalizando-os como parte de uma rede de conhecimentos da organização.