

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E INDISPONÍVEIS

Robson Renault Godinho

ENTREVISTA:
Elaine Nassif

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 - abril / maio / junho de 2008- Número 12
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

Diretoria de Produção Editorial
Alessandra Souza Santos

Revisão
Cláudio Márcio Bernardes

Redação
Cláudio Márcio Bernardes
Fernando Soares Miranda
Samuel Alvarenga Gonçalves

Diagramação
Cláudio Márcio Bernardes
Pedro Torres
Marco Antônio Gibim

Fotos
Alex Lanza / ASC – PGJ/MG

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

SUMÁRIO

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	8
Jarbas Soares Júnior	
II APRESENTAÇÃO	8
Jacson Rafael Campomizzi	
III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL	9
1 MATÉRIA DE CAPA	
1.1 O Ministério Público e a defesa dos direitos individuais indisponíveis	10
Robson Renault Godinho	
2 ENTREVISTA	
2.1 Elaine Nassif	16
3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL	
3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL	
3.1.1 A segurança não está nos muros	18
José Luiz Quadros de Magalhães	
3.1.2 <i>Perpetuatio iurisdictionis</i> e a prerrogativa de foro	19
Américo Bedê Freire Júnior	
3.1.3 Da impossibilidade de suspensão de serviços públicos essenciais diante do inadimplemento do usuário	20
Renata Soares Machado Guimarães de Abreu	
3.1.4 Controle de constitucionalidade das prognoses legislativas pelo Poder Judiciário	21
Cynthia Gontijo d'Assunção e Marina Kattah	
3.1.5 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) <i>Obras doutrinárias</i>	
3.1.5.1 SOARES, Mário Lúcio Quintão. <i>Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias</i>	23
3.1.5.2 BOBBIO, Norberto. <i>Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política</i>	23
B) <i>Artigos</i>	
3.1.5.4 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. <i>O sistema de defesa da Constituição estadual: aspectos do controle de constitucionalidade perante Constituição do Estado-Membro no Brasil</i>	23
3.1.6 Jurisprudência da área	
3.1.6.1 STF, Pleno. <i>Conflito de atribuição entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual. Crime contra a ordem econômica.</i>	24

3.1.6.2 STJ, 1ª Turma. <i>Teoria do fato consumado</i>	24
3.1.6.3 STJ, 1ª Turma. <i>Improbidade administrativa. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário</i>	24
3.1.6.4 TJMG, 1ª Turma. <i>Para o ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa basta a existência de simples indícios de afronta ao texto constitucional, sem a necessidade de um maior aprofundamento dos fatos ou de extensa fundamentação</i>	24
3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL	
3.2.1 Função socioambiental: solução para o conflito de interesses entre o direito à propriedade privada e o direito ao meio ambiente ecologicamente preservado Hébia Luiza Machado	26
3.2.2 O reajuste dos planos de saúde por faixa etária e a dignidade da pessoa humana Jamine Gonçalves Bedram	27
3.2.3 Retenção de matrícula e o Direito do Consumidor Roberta Henriques de Azevedo	29
3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) Obras doutrinárias	
3.2.4.1 STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. <i>Ação civil pública: o Direito e o Processo na Interpretação dos Tribunais Superiores</i>	32
B) Artigos	
3.2.4.2 DUQUE, Marcelo Schenk. <i>Cláusulas constitucionais de inabolidade, realidade e garantia de identidade da Constituição: um olhar sob o prisma do direito fundamental de proteção ao consumidor</i>	32
3.2.5 Jurisprudência da área	
3.2.5.1 TJPR, 4ª Câmara Cível. <i>Atividade esportiva (futebol) é considerada bem cultural brasileiro. Uso da ação civil pública em defesa de direitos difusos dos torcedores em face da federação paranaense de futebol. Legitimidade de entidade que tem como objetivo estatutário a proteção dos direitos do cidadão e promoção da cultura</i>	33
3.2.5.2 STJ, 2ª Turma. <i>Responsabilidade objetiva do Estado mesmo diante de conduta omissiva que gere lesão (ou ameaça de lesão) ao meio ambiente. Formação de litisconsórcio passivo facultativo inicial entre o poluidor direto e o Poder Público</i>	33
3.2.5.3 STJ, 2ª Turma. <i>Ação civil pública e ação popular: pontos de semelhança e pontos de convergência. Melhor aparelhamento da tutela do Estado Democrático de Direito</i>	34
3.2.5.4 STJ, 1ª Seção. <i>Conexão entre ações civis públicas. Análise pontual e concreta da eficácia subjetiva da coisa julgada a fim de determinar a prejudicialidade ou não entre as demandas</i>	34
3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL	
3.3.1 A atuação do Ministério Público nas ações de separação e divórcio Leonardo Barreto Moreira Alves	36
3.3.2 A nova relação obrigacional complexa Vinícius Quintino	38

3.3.3 A imprescritibilidade da ação negatória de paternidade face aos princípios constitucionais vigentes	40
Edilane Consolação Rosa Nazareth	
3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) Obras doutrinárias	
3.3.4.1 HOMMERDING, Adalberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil	47
B) Artigos	
3.3.4.2 DIDIER JR., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse	47
3.3.5 Jurisprudência da área	
3.3.5.1 STJ, 1ª Turma. Princípio da efetividade e economia processual em sede de interposição do mandado de segurança. Correção de ofício de irregularidades apresentadas notadamente no plano da indicação da autoridade coatora. Teoria da Encampação	48
3.3.5.2 TJRS, 7ª Câmara Cível. Adoção conjunta por casal homoafetivo	48
3.3.5.3 TJRS, 7ª Câmara Cível. Família Eudemonista. Prevalência do critério afetivo em detrimento do critério biológico	49
3.3.5.4 STJ, 6ª Turma. Mandado de segurança impetrado contra Prefeito Municipal. Questões afetas à legitimidade da autoridade apontada como coatora e do prazo em dobro para recorrer	49
3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL	
3.4.1 Controle dos crimes e o princípio da eficiência	50
Lélio Braga Calhau	
3.4.2 Racionalização e efetividade na atuação do Ministério Público na área criminal	51
Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho	
3.4.3 Inadmissão do uso de provas ilícitas no processo	52
Hélvio Simões Vidal	
3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) Obras doutrinárias	
3.4.4.1 ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. Causas de exclusão da tipicidade	53
3.4.4.2 NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. Dos pressupostos processuais penais	53
3.4.4.3 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais	53
B) Artigos	
3.4.4.4 GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal	54
3.4.5 Jurisprudência da área	
3.4.5.1 STJ, 3ª Seção. Divulgação de imagens pedófilo-pornográficas. Competência territorial do local em que ocorreu a divulgação das imagens	55
3.4.5.2 TJRS, 6ª Câmara Criminal. Manutenção de casa de prostituição. Atipicidade da conduta com base no princípio da adequação social	55

3.4.5.3 STJ, 5ª Turma. <i>Manutenção de casa de prostituição. Tipicidade da conduta</i>	56
3.4.5.4 TJRS, 7ª Câmara Criminal. <i>Estupro contra menor de 14 anos. Presunção apenas relativa de violência</i>	56
4 INFORMAÇÕES VARIADAS	
4.1 DIREITO CIVIL EM EVOLUÇÃO – PARTE I	
4.1.1 “Direito civil constitucional”: uma nova visão do direito civil – parte I Ana Cristina Alves	57
4.2 LÍNGUA E LINGUAGEM	
4.2 A revolução da brevidade Luís Roberto Barroso	60
4.3 ANÁLISE CRÍTICA	
4.3.1 A defesa da sociedade está fora de moda? Alessandro Garcia Silva	61
4.4 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO	
4.4.1 Dano moral coletivo e compensação ambiental Júlia Morais Garcia	64
4.5 MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE	
4.5.1 As listas de merecimento e o eterno consecutivo William Garcia Pinto Coelho	65
4.6 SOCIEDADE EM DEBATE	
4.6.1 O crime organizado no Brasil Marcelo Cunha de Araújo	68
4.6.2 Monitoramento eletrônico de presos: o Brasil está preparado para esta nova tecnologia? Bruno Fortini Bandeira	69
4.7 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR	
4.7.1 Reflexões para o século XXI sobre o pensamento marxista Riany Alves de Freitas	71
4.7.2 Indicação de obra de outra área LLOSA, Mário Vargas. <i>Cartas a um jovem escritor</i> , São Paulo: Alegro, 2006. 192 p.	74

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),

Retomando o curso em nossas publicações, o Ministério Público mineiro vem procurando cada vez mais se valer de sua experiência institucional no sentido de aprimorar a importante tarefa consistente na divulgação do saber jurídico por meio de nossos periódicos.

É vital, pois, a caminhada do ser humano rumo ao conhecimento e, nesse universo, o mais instigante é que qualquer um pode tomar parte dessa jornada fabulosa, desde que mantenha o espírito aberto para a surpresa do amanhã e o coração pulsante para os desafios de hoje.

Sócrates costuma citar com frequência o aforismo Conhece-te a ti mesmo. E isso é justamente o que buscamos fazer todos os dias dentro do Ministério Público. Por isso, o diálogo, a crítica e a reflexão são realidades tão caras ao *MPMG Jurídico*, veículo de divulgação sempre pronto a servir de ponte entre você – autor – e entre você – leitor.

Abraços.

II APRESENTAÇÃO

Jacson Rafael Campomizzi

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Em mais uma edição do *MPMG Jurídico* fica patente a reflexão sobre a atuação do Ministério Público mineiro bem como o de todo o País. Aqui das Minas Gerais, promotores de Justiça, oficiais, analistas e estagiários aprofundam temas os mais variados: suspensão de serviços públicos essenciais, controle de constitucionalidade, função socioambiental, retenção de matrícula, imprescritibilidade da ação negatória de paternidade, controle dos crimes e o princípio da eficiência, provas ilícitas e a extensão dos seus efeitos e muitos outros.

A Matéria de Capa desta edição destaca a defesa dos direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público. O autor Robson Renaut Godinho, Promotor de Justiça no Rio de Janeiro, faz um panorama evolutivo da Constituição Republicana no ano em que se comemoram os vinte anos da sua promulgação. Robson sustenta a necessidade de uma atuação ministerial adequada à realidade social e ao perfil constitucional da instituição no que tange aos direitos individuais indisponíveis.

Em seguida, o leitor pode conferir as opiniões de Elaine Nassif, especialista em Direito do Trabalho, traduzidas numa entrevista concedida ao *MPMG Jurídico*. Entre outros assuntos, a Procuradora do Trabalho comenta sobre os diversos ramos do Ministério Público e os novos desafios da relação trabalhista diante da atual conjuntura nacional.

Os Promotores de Justiça de Minas Gerais, Leonardo Barreto e Marcelo Cunha, tem se revelado articulistas de primeira grandeza desta Revista e demonstram estar antenados com as mazelas sociais. Respectivamente, os artigos intitulados *O Ministério Público nas ações de separação e divórcio* e *O crime organizado no Brasil* vão além da problematização e trazem uma opinião crítica e prospectiva, que não se contenta com a passividade ideológica. Opinião igualmente reflexiva é a do professor José Luiz Quadros de Magalhães que deflagra uma situação calamitosa: o mesmo Estado que não dá o mínimo de condição de existência digna ao cidadão é o Estado que pune e lota os presídios.

Outros temas de igual envergadura frequentam estas páginas, do monitoramento eletrônico de presos ao pensamento marxista numa visão diacrônica da sociedade. Mas, falando de outra revolução, Luís Roberto Barroso chama à atenção para um problema antigo do texto forense: a linguagem rebuscada e retórica. O professor condena o uso empolado de termos canônicos e convida à simplicidade de estilo. Como não poderia deixar de ser, ele manifesta seu ponto de vista num texto fluido, divertido e direto ao ponto: vamos ser menos prolixos!

Enfim, os leitores poderão avaliar por si próprios esta edição que deve representar mais uma contribuição do Ministério Público mineiro para o conhecimento jurídico.

III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

Prezados (as) Senhores (as),

O Conselho Editorial 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, ou para o Conselho Editorial – Av. Álvares Cabral, nº 1.740, 1º andar, Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30.170-916, Belo Horizonte (MG).

CONSELHO EDITORIAL

Promotor de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento
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)
Prof.ª 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)
Prof.ª 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

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 O Ministério Público e a defesa dos direitos individuais indisponíveis

Robson Renault Godinho

Promotor de Justiça – RJ

Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil – PUC/SP

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual

1. Introdução

O simbolismo inerente a efemérides é especialmente relevante não só para uma visão retrospectiva dos fatos que antecederam o objeto da comemoração, mas sobretudo para que se lancem cores prospectivas a partir das conquistas reconstruídas quando se mira o passado. Nesse contexto, para os fins destas linhas, o aniversário de vinte anos da promulgação da Constituição da República é oportuno para refletirmos sobre uma das várias possibilidades de atuação do Ministério Público, a fim de que a Instituição faça jus às conquistas constitucionais obtidas, cumprindo a missão que lhe foi conferida.

Na realidade, se indiscutivelmente a Constituição de 1988 pode ser vista como a coroação da emancipação do Ministério Público, é necessário lembrar que ainda no início da década de oitenta a Instituição obteve conquistas fundamentais¹ que forjaram sua atual estrutura e formaram o perfil institucional voltado para a efetiva realização dos direitos.

Em pouco espaço de tempo, em virtude de intenso esforço institucional, o Ministério Público brasileiro mudou seu paradigma e passou a ser uma Instituição ativa e voltada para a realização do acesso a uma adequada tutela dos direitos. Como afirma Rogério Bastos Arantes,

a história da reconstrução institucional do Ministério Público brasileiro é uma história de sucesso. Em menos de vinte anos, a instituição conseguiu passar de mero apêndice do Poder Executivo para a condição de órgão independente e, nesse processo que alterou sua estrutura, funções e privilégios, o Ministério Público também abandonou seu papel de advogado dos interesses do Estado para arvorar-se em defensor público da sociedade. [...] A hipótese assumida aqui é a de que a reconstrução institucional do Ministério Público foi impulsionada e determinada endogenamente, isto é, as sucessivas mudanças sofridas pela instituição nos últimos anos foram intencionalmente perseguidas pelos seus próprios integrantes.²

A independência da Instituição foi sem dúvida a maior conquista outorgada pela Constituição de 1988 e dela decorrem

as demais garantias e prerrogativas que conformam a atual estrutura do Ministério Público. Com a garantia da independência, a Constituição confirmou as conquistas anteriores, e preparou a edição de uma legislação posterior que consolida um novo perfil do Ministério Público. A Constituição, portanto, consagrou e elevou a evolução institucional endógena do Ministério Público, apostando na força da Instituição para a consolidação do regime democrático.

Com sua estrutura constitucionalizada, o Ministério Público passou a figurar como protagonista de avanços sociais e conquistas de direitos de hipossuficientes, além de ser definitivamente alçado à condição de figura preeminente na defesa dos direitos transindividuais e no combate à corrupção, opondo-se a interesses que até então não eram importunados, por assim dizer. Não é por outro motivo que invariavelmente surgem propostas legislativas que visam a limitar a independência do Ministério Público na tentativa de amesquinhar sua atuação.³

Indiscutivelmente, portanto, estamos diante de justa oportunidade para refletirmos sobre a atuação do Ministério Público a partir de seu perfil constitucional⁴, mas com os olhos voltados para uma atuação tão relevante quanto pouco estudada, que é a tutela dos direitos individuais indisponíveis.

A atuação do Ministério Público como parte autora sempre esteve relacionada com o processo penal e só em período mais recente, sobretudo após a promulgação da atual Constituição, sua atividade como autor no campo cível passou a merecer maior atenção, sendo que, mesmo legitimado para o exercício de diversas ações que tutelam direitos individuais, o Ministério Público passou a ser conhecido como o legitimado por excelência para a tutela de direitos transindividuais. José Carlos Barbosa Moreira chegou a afirmar que o silêncio da instituição no processo civil teria sido interrompido exatamente em razão do processo coletivo, que ensinou a “revitalização do Ministério Público, arrancado à relativa quietude em que usualmente o mantinham, no tocante ao processo civil, as atribuições tradicionais”.⁵

¹ A Constituição consagrou diversos dispositivos que já constavam na primeira Lei Orgânica do Ministério Público e na “Carta de Curitiba”. Cf., amplamente, ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: IDESP/EDUC/Sumaré, 2002, especialmente páginas 28/113.

² Idem, pp. 19 e 21.

³ Cf. ARANTES. Ob. cit., pp. 253/300. Não estamos conferindo ao debate um enfoque maniqueísta ou corporativista, já que não se nega a possibilidade de atuação abusiva de determinado membro do Ministério Público, como de resto não se pode negar a possibilidade de abuso de qualquer profissional exercendo qualquer função. Contudo, também não se pode negar que o Ministério Público vem provocando reações mesmo quando atua na estrita observância de suas funções. Não é exagero afirmar que há quem entenda que ser processado pelo Ministério Público constitui praticamente ofensa pessoal e a improcedência de um pedido formulado por um Promotor ou Procurador é sinônimo de atuação leviana, como se apenas ao Ministério Público estivesse reservada a teoria concreta da ação. Desenvolvemos o tema em outro trabalho: *Ministério Público como assistente simples: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo e Assuntos Afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.

⁴ Foi editada recente obra coletiva que traça excelente panorama acerca da atuação do Ministério Público nesses últimos vinte anos: *Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald (coord.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

⁵ Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Temas de Direito Processual* (Sexta Série). São Paulo: Saraiva, 1997, p. 73.

É interessante observar, entretanto, que muito antes da atual Constituição já cabia ao Ministério Público o ajuizamento de ações que visavam à tutela de direitos individuais, como a anulação de casamento, a anulação de atos simulados, declaração de ausência, prestação de contas, ação civil *ex delicto* etc⁶. Leis posteriores à Constituição continuaram a prever legitimidade para o Ministério Público ajuizar ações individuais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, mas nota-se que a ênfase da atuação da Instituição como parte autora está mesmo no processo coletivo.

Embora haja diversas possibilidades de ajuizamento de ações para a tutela de direitos individuais, o certo é que o Ministério Público nunca se destacou por esse tipo de iniciativa. Não há dúvidas de que o Ministério Público possui vocação para a tutela de direitos sociais e o ajuizamento de ações coletivas é o instrumento natural para a tutela jurisdicional de tais direitos, mas queremos estabelecer que também a tutela de direitos individuais indisponíveis é compatível com o perfil constitucional da instituição, além de também contribuir para, em um sentido amplo, uma atuação social do Ministério Público⁷.

Ou seja: a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais não pode ser ignorada, nem considerada ultrapassada, mas, sim, deve ser adequada à realidade social e ao perfil constitucional da instituição.

Entretanto, talvez pela falta de familiaridade com essa atuação, a jurisprudência enxerga esse tipo de iniciativa como algo extravagante, criando injustificáveis obstáculos à sua admissibilidade, como veremos no decorrer do texto⁸.

Como trataremos da atividade do Ministério Público como substituto processual, procurando conferir uma oxigenação constitucional ao clássico instituto, é necessário abordar, ainda que ligeiramente, as características básicas dessa figura processual, o que será feito no próximo item.

2. Substituição processual: noções gerais

A partir da relação estabelecida entre o sujeito legitimado e o objeto litigioso (situação legitimante), classifica-se a legitimidade para agir em ordinária e extraordinária: o legitimado ordinário é aquele que comparece em juízo para defender direito próprio, coincidindo a titularidade da relação processual com a relação material; já o legitimado extraordinário, embora autorizado pelo sistema normativo a ingressar no processo e

conduzi-lo validamente, não é o titular do direito litigioso, não havendo coincidência ente a situação legitimante e a situação deduzida em juízo. Enquanto o legitimado ordinário encontra na sentença o regramento de sua própria situação, o legitimado extraordinário se depara com a disciplina de situação alheia, que até pode repercutir na sua, como assinala Barbosa Moreira.⁹

Tecnicamente não há exata coincidência entre as expressões *legitimação extraordinária* e *substituição processual*, já que esta é menos ampla que aquela, de modo que se entende por substituição processual a legitimidade decorrente do sistema normativo que autoriza determinado sujeito a atuar em juízo, como parte principal, defendendo direito alheio (art. 6º do Código de Processo Civil).

De acordo com a classificação proposta por José Carlos Barbosa Moreira, que leva em consideração precipuamente a liberdade de comportamento do legitimado extraordinário, a legitimação extraordinária pode ser dividida em autônoma e subordinada¹⁰. Há legitimação extraordinária *autônoma* quando o processo pode ser validamente instaurado sem a presença do titular do direito, ou seja, quando o legitimado extraordinário pode figurar no processo com total independência daquele que seria o legitimado ordinário. A legitimidade extraordinária autônoma apresenta, em apertada síntese, as seguintes subdivisões: 1) *legitimação extraordinária exclusiva*: apenas o legitimado extraordinário pode ser a parte principal do processo, como ocorre na hipótese prevista no art. 68, §3º, da lei 6404/76¹¹; 2) *legitimação extraordinária concorrente*: trata-se de co-legitimação e a regularidade da relação processual independe da instauração da demanda por todos os legitimados. A legitimidade concorrente pode ser *primária* (ou seja, independentemente do comportamento do legitimado ordinário¹²) ou *subsidiária* (isto é, somente em razão da inércia do legitimado ordinário). Anote-se, ainda, que pode haver legitimidade concorrente envolvendo apenas legitimados extraordinários, como acontece nas hipóteses de ações coletivas – para quem entende que a legitimidade para essas ações é extraordinária – e na ação de anulação de casamento (terceiro interessado e o Ministério Público, art. 1.549 do CC-2002), hipóteses em que haveria legitimação extraordinária exclusiva e concorrente. No que se refere à legitimação extraordinária *subordinada*, tal se dá quando a presença do titular da relação jurídica controvertida é essencial para a regularidade da relação processual, reservando-se ao legitimado extraordinário a possibilidade de coadjuvar o legitimado ordinário, possuindo, assim, eficácia menos ampla que a autônoma, somente podendo ocorrer incidentalmente e com a necessária presença do legiti-

⁶ Diversos exemplos de ações individuais que podem ser ajuizadas pelo Ministério Público são fornecidos por Hugo Nigro Mazzilli (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 62/67) e Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, pp. 519/523).

⁷ Como afirma Pietro Perlingieri, em passagem que pode ser estendida a todos os direitos individuais indisponíveis, “o problema do idoso assume dimensões individuais e, ao mesmo tempo, sociais” (*Perfis do Direito Civil – introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª. Ed. Maria Cristina de Cicco (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 168. Essa obra está incluída em nova tradução de trabalhos do jurista italiano: *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Maria Cristina de Cicco (trad. e org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 789).

⁸ Sobre os problemas teóricos e práticos decorrentes da admissibilidade da ação, tratamos com maior profundidade em outro trabalho: Técnica processual e tutela de direitos: anotações sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Eduardo Jordão e Fredie Didier Jr. (coord.). Salvador: JusPodivm, 2008.

⁹ Apontamentos... cit., p. 60.

¹⁰ Apontamentos... cit., *passim*.

¹¹ A constitucionalidade da completa vedação do acesso à justiça pelo titular do direito é no mínimo discutível, como já foi mencionado anteriormente. Por esse motivo, deve ser permitido ao titular do direito o ingresso no processo, ao menos na condição de assistente litisconsorcial (sobre o tema, vale também conferir o trabalho de Araken de Assis: Substituição Processual. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n° 9, dezembro de 2003, p. 14).

¹² Como na possibilidade de anulação do casamento pelo Ministério Público ou interessados (art. 1.549 do CC-2002).

mado ordinário na relação processual.

É importante salientar algumas características básicas da substituição processual¹³: a) a substituição processual é excepcional e depende de autorização normativa (art. 6º do Código de Processo Civil); b) o substituto processual atua no processo na qualidade de parte, e não de representante; c) em relação ao substituto examinam-se os requisitos processuais subjetivos. A imparcialidade do magistrado, contudo, pode ser averiguada em relação a ambos, substituto ou substituído; d) salvo disposição legal em sentido contrário (p. ex., art. 274 do CC-2002, e art. 103 do CDC), a coisa julgada material estende seus efeitos ao substituído.¹⁴

3. O Ministério Público como substituto processual

Mesmo não sendo nenhuma novidade outorgar ao Ministério Público a condição de substituto processual, há certo desconforto na doutrina e na jurisprudência quando se deparam com ações para a defesa de direitos individuais.

Em recente estudo sobre a substituição processual, Araken de Assis, ao discorrer sobre a necessidade de autorização legislativa para que haja substituição processual, ilustra bem essa perplexidade ao afirmar que “o Ministério Público não se legitima a pleitear determinada prestação positiva do Estado, na área de saúde, em favor de pessoa doente. [...] A jurisprudência do STJ nega, pelo motivo exposto [ausência de autorização legislativa], legitimidade para defender direito de incapaz sob poder dos pais e propor ação de alimentos”¹⁵.

É certo que a substituição processual necessariamente deve ser precedida de autorização normativa¹⁶, mas no caso do Ministério Público, ao contrário do afirmado por Araken de Assis, existe uma autorização constitucional genérica de substituição processual para a tutela de direitos indisponíveis (art. 127 da Constituição), satisfazendo amplamente a exigência normativa e habilitando a instituição para a defesa de quaisquer direitos individuais indisponíveis, além de as leis orgânicas da Instituição

também autorizarem a substituição processual.

Em nosso atual sistema normativo, toda a legitimidade do Ministério Público decorre diretamente da Constituição, inclusive a substituição processual, de modo que nos parece um desvio de perspectiva negar a possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação para a garantia de um direito indisponível (direito à saúde, por exemplo) sob o argumento de inexistir lei ordinária autorizativa.

A partir do momento em que a Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, é evidente que se trata de hipótese de substituição processual decorrente de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata¹⁷.

Em suma: o Ministério Público é autorizado pela Constituição para atuar como substituto processual na defesa dos direitos indisponíveis, não havendo necessidade de previsão em lei ordinária.

Algumas leis, no entanto, de maneira até mesmo didática, expressamente prevêm que o Ministério Público atuará como substituto processual na defesa de direitos indisponíveis, (por exemplo, o art. 201, III e IX, do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 74, I e III, do Estatuto do Idoso), de modo que era de se esperar que, ao menos nessas hipóteses, não houvesse dúvidas quanto à legitimidade da instituição.

No que se refere aos direitos individuais indisponíveis de crianças e adolescentes, o Superior Tribunal de Justiça chegou a rejeitar a possibilidade de o Ministério Público atuar como substituto processual:

Processual civil e administrativo. Fornecimento de dispositivo médico. Menor carente. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. 1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também

¹³ Mais amplamente, inclusive com referências ao novo Código Civil: DIDIER JR. *Pressupostos...cit.*, pp. 253/260.

¹⁴ A maioria da doutrina entende que a substituição processual enseja a extensão da eficácia da coisa julgada ao substituído. Mais recentemente, Eduardo Talamini defende a idéia de que o substituído seria atingido pela coisa julgada em três situações: a) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez; b) se o sujeito tinha (ou deveria ter) ciência do processo em que ocorria a substituição; c) se houver a possibilidade de o substituído participar, caso queira, do processo (*Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, PP. 96/122). Parece-nos que ao menos uma dessas situações sempre estará presente em casos de substituição processual, de modo que acaba por não haver rigorosa exceção à regra em sua teoria. Interessante observar que Eduardo Talamini considera como exemplo de situação em que *não haveria* formação de coisa julgada para o substituído o julgamento de improcedência de pedido de investigação de paternidade em ação ajuizada pelo Ministério Público (lei 8560/92), sem, contudo, justificar sua posição, já que não demonstra como as situações antes referidas não seriam atendidas. Não nos parece que o ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público escape ao enquadramento de ao menos uma das situações formuladas por Talamini que ensejam a extensão subjetiva da coisa julgada. No mínimo haverá prévia audiência com o representante do menor, sob pena de se inviabilizar o ajuizamento da ação por absoluta ausência de informação sobre os fatos relevantes do caso. Normalmente o Promotor de Justiça instaura um procedimento em que, além de ser tentado o reconhecimento voluntário da paternidade, são chamados os interessados e, após todos os esclarecimentos e tentativas de reconhecimento voluntário da paternidade, são buscados os subsídios mínimos que viabilizem uma ação judicial. Em suma: sem a participação dos interessados a ação simplesmente não será proposta. Não vemos, portanto, como o substituído não ser atingido pela coisa julgada material, ainda mais que, nas ações de investigação de paternidade ajuizadas pelo Ministério Público, a participação do titular do direito material é importante inclusive para a instrução da causa, especialmente em razão da colheita de material genético para a realização de prova pericial. No mais das vezes, o Ministério Público sempre necessita da participação do titular do direito material para que possa exercer a função de substituto processual, sobretudo para que possa obter um lastro fático mínimo que fundamente sua atuação judicial. Além disso, mormente para que o substituído não seja prejudicado caso haja desencontro de interesses com o Ministério Público, deve haver uma comunicação acerca do conteúdo da sentença, a fim de que se oriente e se permita que o titular do direito material interponha recurso e não permita que se forme uma coisa julgada contra seu interesse. Cf., ainda, ALMEIDA, Gregório Assagra de. Partes e terceiros no processo civil: cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, pp. 1040/1067.

¹⁵ Ob. cit. pp. 18/19. O esclarecimento entre colchetes é nosso.

¹⁶ O que não significa que necessariamente seja autorização legal. Cf., ZANETI JR., Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008, pp. 859/866.

¹⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89.

sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade. 2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXXIV”. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.¹⁸

Na fundamentação do acórdão, partiu-se de uma premissa completamente equivocada a nosso sentir: a de que o Ministério Público só pode defender direitos individuais se forem homogêneos. Trata-se de absoluta falta de compreensão dos princípios institucionais do Ministério Público insculpidos na Constituição e de toda legislação infraconstitucional, especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente, que sequer é citado. Se fosse verdadeiro o raciocínio assentado nesse acórdão, ao Ministério Público seria vedado, por exemplo, o ajuizamento de ações de investigação de paternidade, o que nem mesmo é mais objeto de discussão na jurisprudência. Além disso, o artigo 127 da Constituição possui clareza solar ao legitimar o Ministério Público para a tutela dos direitos individuais indisponíveis. Essa legitimidade é autorizada constitucionalmente e em nada se confunde com a vedação do exercício de advocacia pelo Ministério Público, que apenas estará exercendo sua função constitucional.

Evidentemente, como a legitimidade do Ministério Público decorre da Constituição, não há necessidade de todas as hipóteses de substituição processual estarem previstas em lei. Isso significa que, sempre que houver interesse social ou lesão ou ameaça de lesão a direito individual indisponível, o Ministério Público poderá agir como substituto processual.

Persistindo em uma linha interpretativa restritiva, o Superior Tribunal de Justiça também vem negando legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação de alimentos em favor de crianças e adolescentes que estejam sob o poder familiar. Como exemplo, confira-se a seguinte ementa:

Processo civil - Recurso especial - Ação de alimentos - Ministério Público representando menor de idade sob o “pátrio poder” da genitora - Ilegitimidade ativa ad causam - Art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 - Inaplicabilidade. 1- Esta Corte Superior de Uniformização já firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor, como substituto processual, ação de alimentos em benefício de menor de idade sob o “pátrio poder” da genitora. Ademais, o art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal. 2 - Precedentes (REsp nºs 89.661/MG, 127.725/MG e 102.039/MG). 3 - Recurso não conhecido.¹⁹

Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça é lamentável e igualmente decorre de uma interpretação equivocada do Estatuto da Criança e do Adolescente e de uma percepção simplista do perfil constitucional da instituição, já que a legitimação do Ministério Público decorre da indisponibilidade do direito e independe de prévia suspensão ou perda do poder familiar, mas,

sim, da existência de uma situação de risco em que se encontre a criança ou o adolescente e a omissão dos pais ou responsáveis caracteriza essa situação de risco.

A legitimidade do Ministério Público não está condicionada a nenhum fator externo que não seja a indisponibilidade do direito. O fato de o menor estar sob o poder familiar se mostra irrelevante no particular, especialmente porque, se os pais são omissos, é necessária a atuação de um terceiro – no caso, o Ministério Público – para que o direito seja adequadamente tutelado. Se os pais não agem, resta o Ministério Público para servir de meio adequado para a tutela de direitos, inclusive com a tomada de medidas que podem atingir a relação decorrente do poder familiar (procedimento administrativo ou ação que vise à suspensão ou destituição do poder familiar). Não é por outro motivo que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 98, II, considera que a situação de risco ensejadora de medidas protetivas pode ser caracterizada pela omissão dos pais.

No julgamento do Recurso Especial nº 120118/PR²⁰, houve o voto vencido do Min. Ruy Rosado de Aguiar, em que a matéria foi analisada com perfeição e que merece transcrição parcial:

penso que está sendo feita indevida limitação à atuação do Ministério Público no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não é apenas nos casos de abandono, perda ou suspensão do pátrio poder que a lei atribui ao Ministério Público promover em juízo a defesa dos interesses difusos, coletivos ou mesmo individuais de crianças e adolescentes. A sua competência é ampla, pois a proteção do Estatuto se estende a todos os casos de ameaça ou violação aos direitos dos menores (art. 98), e para lutar por eles a lei após o Ministério Público, dando-lhe as atribuições elencadas no artigo 201. **A carência de alimentação de uma criança decorre de falta dos pais ou responsáveis, e a hipótese se enquadra na situação prevista no art. 98, inc. II, onde o direito é ameaçado ou violado por falta dos pais.** Para esse caso, o art. 201, inc. III, do ECA, dispõe: compete ao Ministério Público promover e acompanhar as ações de alimentos. **Somente descumprindo a lei é que se pode retirar essa competência do Ministério Público, diminuindo o campo de sua atuação e causando grave prejuízo aos menores necessitados, pois a experiência do Foro demonstra que, muitas vezes, especialmente nas pequenas comarcas, é o Ministério Público a única instituição capaz de zelar pelos desassistidos. Sendo assim, reconheço no Ministério Público legitimidade para promover a ação de alimentos, ainda que as crianças estejam sob pátrio poder da mãe. Pergunto-me: quem proporá a ação em favor dessas duas pobres crianças?** (destacamos).

Mesmo sem responder à instigante e desconcertante indagação do Min. Ruy Rosado de Aguiar, o Superior Tribunal de Justiça tem mantido seu restritivo entendimento, o que demonstra uma insistente interpretação equivocada da lei e um assustador desconhecimento da realidade social.

Não deixa de ser curioso observar que o Superior Tribunal de Justiça admite que o Ministério Público ajuíze ação de investigação de paternidade cumulada com ação de alimentos

¹⁸ Superior Tribunal de Justiça - REsp 684594/RS – Rel. Min. Castro Meira, DJ 10.10.2005, p. 318.

¹⁹ RESP 659498 / PR – Rel. Ministro Jorge Scartezini - DJ - 14.02.2005, p. 214. Sobre o tema vale conferir o trabalho de Cristiano Chaves de Farias: A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma conclusão constitucional. *Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald (coord.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 521/537.

²⁰ DJ 01/03/1999, p.321 - Relator p/ Acórdão Min. Barros Monteiro.

em favor de menor, estendendo a legitimidade à fase executiva²¹, sem, contudo, mencionar a questão do poder familiar, que obviamente se faz presente, demonstrando uma incongruência jurisprudencial.

Vale lembrar ainda, para bem gizar a legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos, que o nosso sistema jurídico reconhece a existência de um patrimônio jurídico mínimo²² decorrente do direito à vida e do respeito da dignidade da pessoa humana, reforçando, assim, a indisponibilidade do direito nas hipóteses em que o idoso se encontrar em situação de risco e configurando a existência de um interesse social subjacente à pretensão alimentar.

Em recentíssima decisão, o Superior Tribunal de Justiça demonstra evolução em seu entendimento:

Direito civil e **processual** civil. Ação de execução de alimentos. **Ministério Público**. Legitimidade ativa. - É socialmente relevante e legítima a substituição **processual** extraordinária do **Ministério Público**, notadamente quando na defesa dos economicamente pobres, como também em virtude da precária ou inexistente assistência jurídica prestada pelas Defensorias Públicas. - Dado o caráter indisponível do direito a receber alimentos, em se tratando de criança ou adolescente, é legítima a atuação do **Ministério Público** como **substituto processual** em ação de execução de prestação alimentícia por descumprimento de acordo referendado pelo próprio Órgão Ministerial. - O tão-só descumprimento de acordo de alimentos evidencia violação a direito da criança, que se vê privada do atendimento de suas necessidades básicas (REsp 510969/PR, DJ 06.03.2006, p. 372, Rel. Min. Nancy Andrighi).

A partir do momento em que a Constituição confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, é evidente que se trata de hipótese de substituição processual decorrente de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, assim se pronunciou o Ministro Teori Albino Zavascki:

poder-se-ia, quem sabe, duvidar da auto-aplicabilidade do art. 127 da CF, em face do seu conteúdo indeterminado, o que comprometeria sua força normativa para, desde logo, independentemente de intermediação do legislador infraconstitucional, autorizar o Ministério Público a propor demandas judiciais em defesa dos bens jurídicos ali referidos. A dúvida não tem consistência. Mesmo quando genéricas, as normas constitucionais possuem, em algum grau, eficácia e operatividade. 'Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente...', ensina José Afonso da Silva. (Auto-aplicabilidade das normas constitucionais, SP, RT, 1968, p. 75). 'De fato', observa Celso Bandeira de Mello, 'não teria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas por desfastio ou por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos. A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão, dela se servissem como simples válvula de escape para emoções antecipadamente

condenadas, por seus próprios emissores, a permanecer no reino da fantasia. Até porque, se usufruíam do supremo poder jurídico, seria ilógico que, desfrutando-o, houvessem renunciado a determinar, impositivamente, aquilo que consideram desejável, conveniente, adequado' (Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, Revista de Direito Público, v. 57, p. 238). Ora, o preceito constitucional que confere ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa de direitos individuais indisponíveis (art. 127) é um preceito completo em si mesmo, apto a legitimar o agente ministerial, se for o caso, a exercer inclusive judicialmente a incumbência ali atribuída. Trata-se de preceito muito mais específico que o contido, por exemplo, no art. 82, III, do CPC, que atribui ao Ministério Público a competência para intervir em todas as causas em que há interesse público. Muito se questionou a respeito da extensão de tal comando processual, mas jamais se duvidou de sua auto-aplicabilidade. A mesma atitude interpretativa se há de ter frente à norma constitucional do art. 127: pode-se questionar seu conteúdo, mas não sua suficiência e aptidão para gerar, desde logo, a eficácia que lhe é própria²³.

Em suma: o Ministério Público é autorizado pela Constituição para atuar como substituto processual na defesa dos direitos indisponíveis, não havendo necessidade de previsão em lei ordinária.

Essa legitimidade, ao que parece, finalmente foi reconhecida de forma definitiva pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento publicado alguns dias antes do natalício de vinte anos da Constituição da República:

Processual civil. Embargos de divergência. Fornecimento de medicamento a menor carente. Direito à saúde. Direito individual indisponível. Legitimação extraordinária do Ministério Público. Art.127 da CF/88. Precedentes. 1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de menor carente que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: EREsp 734493/RS, 1ª Seção, DJ de 16.10.2006; REsp 826641/RS, 1ª Turma, de minha relatoria, DJ de 30.06.2006; REsp 716.512/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp 662.033/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; REsp 856194/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 22.09.2006, REsp 688052/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 17.08.2006. 4. Embargos de divergência não providos. (EResp 819010/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 13/02/2008, DJe 29/09/2008).

Esse julgamento assume especial relevância na medida em que não se tratava da excepcional previsão contida nas leis

²¹ "Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Execução. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.1. Ajuizada a ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, julgada procedente, tem o Ministério Público, autor da ação, legitimidade para intentar a execução" (RESP 208429 / MG - Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito - DJ 01/10/2001, p.205).

²² Sobre o tema: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*.

²³ Voto proferido no Recurso Especial nº 822.712/RS, de sua relatoria, publicado no DJ de 17.04.2006, p. 196. Essa posição também foi defendida em sua tese de doutoramento: *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006, pp. 234/237.

especiais, mas da defesa de uma pessoa que não era idosa, criança, adolescente ou portadora de deficiência.

O Supremo Tribunal Federal também reconheceu, em mais de uma oportunidade, a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, como ilustra este recente julgado:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Fornecimento de medicamentos. Ministério Público. Legitimidade ativa. Defesa de direitos sociais e individuais indisponíveis. Precedentes. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR 554088/SC Rel. Min. Eros Grau - DJe-112 public. 20-06-2008).

Entretanto, segundo notícia divulgada no Informativo nº 515, de 11 a 15 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal parece haver adotado preocupante interpretação restritiva acerca desse tema, o que só poderá ser confirmado quando o acórdão for publicado:

“O Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o fim de obter internação compulsória, para tratamento de saúde, de portador de alcoolismo. Tendo em conta as peculiaridades do caso, entendeu-se que, nos termos do art. 127, caput, da CF, a situação dos autos não estaria incluída na competência do parquet, haja vista não se tratar de interesse social indisponível, de defesa da ordem pública ou do regime democrático. Enfatizou-se, ainda, a existência de defensoria pública na localidade, a qual competiria a tutela desse interesse. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que, por reputar presente a proteção de direito individual indisponível, assentava a legitimação do órgão do Ministério Público para a ação intentada” (RE 496718/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito, 12.8.2008).

De todo modo, estamos diante de mais um exemplo de indesejável oscilação jurisprudencial e, sobretudo, de um lamentável retrocesso na interpretação constitucional.

4. Considerações finais

Evidentemente que, quando defendemos a ampla legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, não excluimos a incidência concorrente de outras formas de tutela de direitos, nem formulamos uma proposta de Ministério Público como tutor de direitos individuais. Na realidade, a legitimação consagrada pela Constituição de modo

algum significa um pretexto para que o Ministério Público busque monopolizar o ajuizamento de ações, até porque não é sua função a defesa ordinária de direitos individuais e a sobrecarga de trabalho decorrente de suas atribuições constitucionais frustraria qualquer pretensão megalomaniaca de ajuizamento de ações.

Em contrapartida – e aqui está o núcleo de nossa idéia -, não se pode negar ao Ministério Público a possibilidade de valer-se de todos os meios possíveis para restaurar a integral proteção devida a direitos indisponíveis, a fim de que não se frustrem pretensões democráticas decorrentes de situações jurídicas individuais violadas e sem a devida tutela. Essa foi a opção constitucional de um regime democrático preocupado com a tutela de direitos e negar a legitimidade do Ministério Público é negar a própria Constituição.

Nesse sentido, convém lembrar com Boaventura de Sousa Santos que “a frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia” e “sem direitos de cidadania efectivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada” (*Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coleção “Questões da nossa época nº 134”. São Paulo: 2007, pp. 10 e 90).

Assinale-se que o Ministério Público pode efetivamente contribuir para o acesso à justiça e, conseqüentemente, para a construção de um democrático sistema em que direitos individuais indisponíveis sejam efetivamente garantidos, mas qualquer traço de ufânismo deve ser evitado, já que a consciência das limitações e das dificuldades é requisito imprescindível para o constante desenvolvimento institucional. Ou seja: a contribuição que o Ministério Público pode oferecer para o acesso à justiça é tão fundamental quanto limitada, sobretudo porque condicionada a balizamentos estruturais que ultrapassam o gizamento da própria instituição.

Essa advertência é necessária na medida em que a auto-suficiência é inimiga do aperfeiçoamento institucional e o otimismo exagerado pode revelar prepotência e, invariavelmente, significar um prenúncio de decepcionante desempenho. O desejo de onipotência só pode resultar em prejuízos para o Ministério Público e para a sociedade.

É oportuno reafirmar, pois, após vinte anos de Constituição, que o Ministério Público é um importante protagonista na tutela de direitos individuais e ainda é necessário todo esse esforço argumentativo porque, lamentavelmente, “a idéia de direito que o atual estado constitucional implica não entrou plenamente no ar que respiram os juristas”²⁴.

²⁴ ZAGREBLESKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Marina Gascón (trad.). 7ª ed. Madrid: 2007, p. 10.

2. ENTREVISTA

2.1 Elaine Nassif

MPMG JUR: Recentemente, a senhora participou da organização de um encontro entre os Ministérios Públicos Federal, Estadual e do Trabalho, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça do MPMG. Qual a importância da integração entre os diversos ramos do Ministério Público nacional e qual o resultado positivo obtido a partir desse encontro?

ELAINE NASSIF: Os ramos do Ministério Público têm inúmeras interfaces e algumas delas foram abordadas no encontro realizado: nas questões agrárias, por exemplo, o combate ao trabalho escravo tem viés trabalhista, civil, penal, todos apensados na defesa de direitos humanos; o mesmo acontece no combate à exploração do trabalho infantil, nas questões relativas à discriminação por sexo, raça, cor, religião, e nas atinentes ao meio ambiente, para citar algumas. Recentemente foi firmado Termo de Cooperação Técnica entre MPT e MPE sobre combate ao trabalho escravo. O Encontro serviu para afirmar a necessidade de aproximação dos diversos ramos, tanto que ele se repetirá em 2009, na sede do Ministério Público Federal em Belo Horizonte.

MPMG JUR: Especificamente sobre a sua produção acadêmica, a senhora traduziu para o português uma obra clássica do jurista italiano Elio Fazzalari - Instituições de Direito Processual. Quais os principais pontos da doutrina de Fazzalari?

ELAINE NASSIF: Fazzalari é um processualista profundamente democrático nos seus conceitos. Dessa perspectiva revolucionou o conceito de processo e procedimento, e a partir deles reviu toda a teoria geral do processo existente desde Chiovenda. Processo deixou de se confundir com procedimento, com marcha processual, com rito e passou a ser definido como espécie de procedimento, realizado em contraditório, com igual paridade de armas. O contraditório é o cerne do processo, o que o diferencia de todos os demais procedimentos que não se pautam pela formação democrática do provimento final buscado pelas partes. Aliás, parte é outro conceito que é revisto. A parte no Estado Democrático de Direito não é, “sujeito ativo” e “sujeito passivo”, mas o destinatário da decisão. Isso clareia nosso horizonte quando pensamos nas ações coletivas, onde o representante da coletividade não é destinatário da decisão. Vemos coisas absurdas acontecendo ainda nas ações coletivas porque as pessoas ainda se baseiam em Chiovenda e no conceito tradicional do processo como marcha de atos, e do conceito de parte com matriz individual, ou seja, parte é titular

do direito. Já me aconteceu, como órgão do MP, de quererem tomar meu depoimento pessoal sob pena de confissão, porque afinal, o se o MP é parte, aquele que propõe a ação, teria que ter os mesmos ônus e ônus de qualquer “parte”. Da mesma forma, não é incomum pleitearem contraditório no inquérito. Não sabem que a natureza do inquérito é de procedimento e não de processo. Fazzalari é fundamental para a compreensão do processo no Estado Democrático de Direito.



Elaine Nassif

A entrevistada dessa edição é a jurista e Procuradora do Trabalho Elaine Noronha Nassif. Especialista em Administração Municipal pela Fundação João Pinheiro-MG, Mestre e Doutora em Direito pela PUC-MG, Elaine Nassif é autora de vários artigos e obras jurídicas de excelente qualidade, inclusive já tendo traduzido para o português uma obra clássica de Elio Fazzalari. Com atuação destacada na Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, a nossa convidada representa um dos grandes expoentes do Ministério Público brasileiro e, por essa razão, sentimos-nos honrados com a sua participação especial nesta entrevista para o MPMG Jurídico.

MPMG JUR: A senhora também organizou uma obra pela Editora Del Rey intitulada de Ação Civil Pública na Justiça Trabalho? Quais as peculiaridades que diferenciam o manejo de uma ACP em relação à Justiça Comum, Estadual ou Federal?

ELAINE NASSIF: Na Justiça do Trabalho o rito é o da CLT. Os advogados que não são muito atuantes na seara trabalhista costumam se confundir com os prazos. Na Justiça do Trabalho nós demos a ser considerados legitimados, o que aconteceu somente quando chegamos no STF, em 2002, porque a Lei da Ação Civil Pública não contou com a participação de operadores jurídicos trabalhistas. O livro foi organizado logo depois, reunindo acórdãos dos 24 Tribunais do Trabalho e marcou essa vitória.

MPMG JUR: Por falar nisso, quais as principais atribuições do Ministério Público do Trabalho? Como é o dia a dia de um Procurador do Trabalho?

ELAINE NASSIF: O Ministério Público do Trabalho zela pelo ordenamento jurídico, como os demais ramos, em tudo o que diga respeito ao trabalho. No dia a dia recebemos inúmeras denúncias de seu descumprimento e da conseguinte exploração e exclusão econômica e social. O mundo do trabalho é o primeiro lugar onde se mani-

festam as modificações decorrentes da globalização, o que exige do Procurador do Trabalho um constante acompanhamento das inovações nos processos produtivos, das reengenharias, fusões, concorrências, regulações de mercados, estudando o impacto dessas alterações na vida do trabalhador, nos seus direitos, para defendê-los de violações, atuando diretamente na inclusão e na realização de justiça social.

MPMG JUR: Em Minas Gerais, quais os desafios que o Ministério Público tem enfrentado? De que forma a sociedade civil e a sociedade institucional podem ajudar na superação dessas barreiras?

ELAINE NASSIF: A extensão territorial do nosso Estado, com mais de 800 municípios, tem levado ao enfrentamento da questão da falta de acesso à justiça a partir da interiorização. Criamos 10 “subsedes”, a que chamamos “ofícios”, para aproximar a nossa instituição dos destinatários das nossas ações. Mas esse processo é longo e doloroso porque não temos recursos materiais e humanos suficientes, o que se denota principalmente na falta de servidores, levando a uma precarização do nosso próprio trabalho. Estamos tentando superar tais barreiras com o apoio de outros órgãos e entidades da administração direta e indireta dos diversos municípios nos quais estamos instalados. Precisamos de muitas outras coisas para ajudar na separação de barreiras, uma delas, justamente, a aproximação dos ramos do Ministério Público. Se unirmos nossos esforços certamente otimizaremos os nossos recursos materiais e humanos, e melhoraremos os serviços que prestamos à sociedade mineira.

MPMG JUR: Recentemente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais expressamente reconheceu a existência do chamado dano moral coletivo. Na Justiça do Trabalho essa é uma realidade já aceita há mais tempo, não é verdade?

ELAINE NASSIF: A Justiça do Trabalho tem adotado mais recentemente, com maior frequência, a tese que considero a mais adequada ao direito de acesso à justiça, que é a de tratar a coletividade, não como uma pessoa, um ente com sentimentos, com subjetividades. Finalmente começa-se a perceber que o dano moral coletivo decorre do abuso de quem descumpra deliberadamente a ordem jurídica para obter vantagens ilícitas, prejudicando toda a sociedade ou toda uma coletividade. Se essa pessoa for condenada somente a não fazer mais o que vinha fazendo, sai ganhando e dando mal exemplo para a sociedade e para seus concorrentes, que logo vão pensar que o “crime compensa”. Então é preciso que esse descumpridor pague por ter causado danos morais, danos à deslegitimação da legislação democraticamente construída, e da qual ele não poderia deliberadamente descumprir, ferindo esse regime, e a “auto-estima” da sociedade brasileira.

MPMG JUR: Em que consiste basicamente o objeto de estudo da sua excelente obra sobre conciliação judicial e indisponibilidade de direitos?

ELAINE NASSIF: Em dois pilares – o da igualdade das partes numa negociação que vise a uma conciliação; e o do conceito de indisponibilidade. No primeiro caso, o problema está na admissão de conciliações sem que a parte mais débil esteja adequadamente assistida. No segundo caso, o problema está no desconhecimento do que seja o direito indisponível. Praticamente não temos obras a respeito do assunto. No livro, eu busco a teoria do italiano De Luca Tamajo, para concluir que há duas espécies de indisponibilidade – as que decorrem do estado da pessoa e os que decorrem da lei, sendo que neste último caso há a possibilidade de relativização, se suprida a falta que deu origem à tutela legal. Nesse sentido, pode-se falar em direitos relativamente indisponíveis, como o direito do trabalho. O suprimento da tutela, ou seja da indisponibilidade, pode se dar somente com a adequada assistência, para legitimar transações efetuadas individualmente pelo trabalhador, em juízo ou fora dele.

MPMG JUR: Por fim, gostaríamos que a senhora deixasse uma mensagem ao Ministério Público brasileiro e aos nossos leitores.

ELAINE NASSIF: O Ministério Público tem uma grande missão constitucionalizada, que vem cumprindo de forma satisfatória, sendo uma instituição muito respeitada. Entretanto não é a todos que a sua atuação agrada, evidentemente. É importante, portanto, que o Ministério Público preserve os passos da sua história, que sensibilize os seus membros para a importância da sua atuação na construção da cidadania do povo brasileiro. Nesse ano em que comemoramos os 20 anos da Constituição da República, fica muito evidente o quanto nos esquecemos rapidamente dos momentos marcantes e importantíssimos da história brasileira que culminaram com a sua promulgação. O resgate dessa história é em si uma mensagem da importância de se conhecer o passado e fazer um liame com um futuro desejado, deixando de viver de modo hipertrófico, simplesmente o presente.

3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 A segurança não está nos muros

José Luiz Quadros de Magalhães

Professor da Puc-MG e da UFMG

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG

Segurança e liberdade não são inconciliáveis. São, em certa medida, complementares. Em tempos de criminalidade crescente, terrorismo, desemprego e insatisfação o recurso ao discurso da segurança como perda de liberdade e aumento de controle encontra respaldo em uma sociedade assombrada, amedrontada pela mídia e pelos governos conservadores ou neoliberais.

A busca da segurança com a criação de mecanismos de controle, de isolamento, pode manter distante o perigo que vem do outro externo a uma comunidade, mas não tem como nos afastar de nós mesmos, não nos isola da condição humana. Se há a crença falsa de que alguns entre nós já nascem criminosos (o que é uma bobagem) o isolamento entre muros não nos afasta desta possibilidade que estaria na nossa natureza. Se a violência é inerente à condição humana e diante de determinadas circunstâncias todos nós podemos praticar atos violentos, de nada adianta, também, vivermos entre muros, pois o que deve ser evitado é que a paixão, a história, os encontros e desencontros não sigam os caminhos criados pela desigualdade, a humilhação e a exclusão. Se não pretendemos mudar as relações sociais e acreditamos que basta vigiar e punir, será necessário controlar a história de cada pessoa, casal, família, comunidade e sociedade. Como controlar as ações das pessoas? Como controlar as ações e desejos de agir que não podem ser percebidos pelas câmeras de controle? Colocando um mecanismo de controle dentro de cada pessoa: o medo, o sentimento permanente de medo.

O filme “A vila” conta a estória de uma sociedade controlada; isolada; fala da busca de uma sociedade sem violência, isolada, controlada e limitada por muros externos e pelo medo interno. Pessoas cansadas e amedrontadas querem controlar o tempo; o espaço e os valores de uma sociedade criada para não viver a violência. Mas qual violência? Para controlar a violência física cria-se a violência psicológica, a violência do medo; do não poder; do não desejar; a violência de não sair dos muros seguros e de esconder sua própria condição de sujeito.

Podemos fazer um paralelo do que ocorria no passado para controlar o comportamento das crianças: inventar o medo. Do bicho papão ao boi da cara preta, esteve presente no imaginário de diversas culturas a invenção do medo para controlar o comportamento das crianças. Se funciona com as crianças porque não fazê-lo então com todos. A geração artificial do medo (após os atentados de 11 de setembro de 2001 o governo norte-americano leva este conceito ao extremo). Reparem que não se trata do temor sobre um real histórico possível, mas um temor que ultrapassa o real. O perigo pode estar em cada esquina, em cada pessoa, em cada ação. O desconhecido é, por essência, perigoso mesmo que seja desconhecido. O medo paralisa e quanto maiores os temores

do que não existe menos nos expomos ao que existe. A segurança nestes termos não passa pelo conhecimento dos limites, mas pela limitação da ação, do desejo, trancafiando qualquer transgressão nos limites culpados de um sonho que se esconde de si mesmo.

Portanto, a segurança está em gerar um medo além dos limites do real. A partir daí tudo passa a ser idealizado e distanciado do real: os muros; o controle; as câmeras de controle policial; o efetivo policial; a armas que protegem; os presídios de segurança máxima; etc.

O medo torna as pessoas dóceis. Facilita a negociação com os direitos. As pessoas estão dispostas a abrir mão de qualquer coisa até o limite do medo que estas sentem. Quanto maior o medo mais fácil se torna a negociação. Assim vamos perdendo nossa intimidade, nossa privacidade, nossos direitos individuais, sociais e econômicos e nossas liberdades políticas.

A nomeação simplificadora se encarrega então de criar o outro. O “bandido”, este outro não humano (somos todos humanos e as barbaridades que cometemos são bastante humanas, infelizmente). Este outro estranho aos valores “humanos”, esta invenção deste outro não humano, que não merece direitos humanos por não ser humano é necessária para não enxergarmos este outro em nós. A compreensão de nossa condição se torna logo uma ameaça à segurança. Não podemos nos enxergar no outro. Este “outro” estranho passa a ser a razão de toda nossa insegurança e a sua eliminação (impossível) se torna o meio de garantir a nossa segurança.

No século XXI este outro é para alguns o terrorista; para outros o ocidental; para alguns o “bandido” o “monstro assassino”; para outros a polícia. Lembrando de um trecho da letra da música “Les uns et les autres” do filme “Retratos da Vida” de Claude Lelouch: “Se cada um é outro para um, raramente ele é um para o outro, apesar de todos os discursos e os pedidos de socorro, dos outros.”

Para refletirmos este século XXI na sua busca impossível (nestes termos) por segurança e liberdade; na realização de desejos nas demandas criadas pelo mercado e na castração do sonho, vamos buscar algumas reflexões a partir da história do século XIX.

O século XIX (e não só ele) foi o século do encarceramento, o afastamento físico dos não adaptados em estabelecimentos de internação coletiva como os presídios e os manicômios. Um exemplo típico de encobrimento do real.

O liberalismo econômico não saiu como esperado (por muitos). Da promessa de uma sociedade com oportunidade para

todos, liberdade e igualdade, livre mercado e economia democratizada, o liberalismo se mostrou na prática o que a teoria não escondia mas o discurso disfarçava: radicalmente excludente. Se o direito liberal era para homens brancos e a democracia para homens brancos e ricos a economia não poderia oferecer oportunidades para todos. Nem igualdade perante a lei, nem oportunidade, nem tampouco liberdade foi o resultado do liberalismo no século XIX, e as conquistas do voto igualitário e do voto feminino veio da ação dos partidos e sindicatos socialistas.

Desigualdade, exclusão e miséria, se não são os únicos fatores para a criminalidade são os fatores preponderantes no século XIX assim como nas sociedades e economias neoliberais contemporâneas. Não seriam necessários os muros se não houvesse tanta desigualdade que gera as novas cidades burguesas, os bairros ricos, os condomínios fechados com segurança privada, fundados na desigualdade e em valores tão individualistas. Uma sociedade fundada no individualismo, na competição e no egoísmo parece não ter muito futuro.

A equação que se formou no século XIX tem características interessantes que mostram a necessidade de encobrimento do real para aqueles que se encontram no poder. Vigia a época o voto censitário previsto na ordem constitucional liberal de boa parte dos países ocidentais. Por este mecanismo só votava quem tivesse propriedade e renda anual superior a um determinado patamar e só poderia ser votado quem tivesse renda ainda maior. Ora, a equação é fácil. A economia denominada liberal com total ausência de intervenção estatal permitiu que poucos dominassem os mercados. Estes poucos votavam e podiam ser votados e logo estavam no poder do estado. Para eles, o sistema econômico que excluía a maioria e gerava exclusão trazendo criminalidade, exclusão, desigualdade, não era um problema mas a solução. Logo como fazer com a criminalidade: para reduzir substancialmente o problema era necessário mudar o sistema econômico o que lhes traria um enorme problema uma vez que comprometeria sua crescente riqueza. Mas no poder do Estado estes “conservadores-liberais”, mesmo para manter seu poder

deveriam controlar a criminalidade. Logo para resolver o problema sem criar problemas para o sistema que lhes beneficiava nada melhor que desconectar os dois: separar criminalidade do sistema econômico-social. Mesmo que não se pudesse negar no mundo real uma relação entre os dois, agora, no discurso, os dois estão separados. A criminalidade passa ser responsabilidade exclusiva dos criminosos: que conclusão óbvia diriam alguns! Mas resta uma pergunta: porque os criminosos cometem crimes? Respondem os conservadores e liberais: ora, porque nascem doentes ou maus ou adoecem ou escolhem o caminho do mal. Afinal vivemos numa sociedade livre diriam os liberais e os conservadores. Logo para resolver o problema construíram presídios e manicômios, aumentaram as penas e os crimes, radicalizaram o tratamento e expandiram as patologias. Então gradualmente todos passam acreditar que solucionariam o problema da insegurança e criminalidade com presídios, muros, códigos, penas, manicômios, drogas legais, médicos e choques elétricos. Um problema semântico é ignorado: o controle passa a ser sinônimo de solução. Mas como solucionar um problema com controle? O controle controla, logo se ele controla ele não soluciona mas simplesmente mantém a situação sob controle (até quando não se sabe e aí reside o perigo desta aposta equivocada).

Este resumo de extrema simplicidade que acabo de fazer como um filme mudo em preto e branco se repete em pleno século XXI remasterizado, colorido artificialmente e com falsos diálogos científicos introduzidos com requintes de avanços biotecnológicos, pesquisas genéticas e outros espetáculos pirotécnicos que novamente buscam encobrir o real de uma parcela expressiva das pessoas. O que eu quis demonstrar é como a ideologia (empregada no sentido de distorção proposital do real) pode nos desviar a atenção. Desviar nosso olhar. Enquanto a bola esta na área adversária o goleiro de nosso time pode fazer qualquer coisa pois ninguém olha para ele. Logo ele nunca faz nada pois ninguém viu. Isto me faz lembrar o filme “O medo do goleiro diante do pênalti –Die angst des tormanns beim elfmeter”, do cineasta alemão Wim Wenders de 1972.

3.1.2 *Perpetuatio Jurisdictionis* e a Prerrogativa de Foro

O móvel deste breve artigo é apontar a necessidade de o STF rever sua jurisprudência em relação à admissão da constante alteração de competência quando o réu assume, renuncia ou simplesmente deixa de exercer cargo que detenha a prerrogativa de foro.

A encruzilhada da jurisprudência tradicional e o momento para modificação do entendimento consolidado reside no julgamento de Cunha Lima, que exercia o mandato de Deputado Federal e, após a fixação de data para julgamento do processo, renunciou ao mandato.

Verifica-se que, na atual jurisprudência do STF, qualquer decisão na hipótese atingirá princípios fulcrais do Direito.

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

Se o STF entendesse que, como o réu não ocupa nenhum cargo público, não possui a prerrogativa de foro, permitiria que a renúncia – que, no caso concreto, pode ser enquadrada como um abuso de direito, pois teve claramente a finalidade de impedir o julgamento do réu pelo STF – produzisse seu efeito.

Por outro lado, se fixasse sua competência, apesar de o réu não exercer nenhum cargo público, em face das peculiaridades do caso concreto, o STF violaria o princípio da segurança jurídica, a lógica da irretroatividade da jurisprudência que pode prejudicar o réu, o princípio do juiz natural e a idéia de que competência não pode ser definida à luz de especificidades de cada situação.

Frise-se que o STF optou por reconhecer que, com a

renúncia, não possuía competência para o prosseguimento do processo.

A meu sentir, a melhor solução para o problema é a alteração geral, e não meramente casuística, da jurisprudência do STF, para estabelecer que, após a propositura da ação, serão irrelevantes para a fixação da competência as eventuais modificações dos cargos que o réu vier a ocupar durante o processo.

Devemos lembrar que, na verdade, a fixação da competência em penal tem um fator constitucional, uma vez que está umbilicalmente ligada ao tema do juiz natural. Ora, admitir a alteração do juiz natural após a propositura da ação, especialmente em matéria criminal, causa inúmeros prejuízos para o processo.

O fato de a competência por prerrogativa de função ser

absoluta e a invocação da aplicação subsidiária do artigo 87 do CPC sugerir a constante alteração da competência para a instrução e julgamento penal não pode servir de fundamento para inviabilizar a efetividade do processo penal. A lógica do processo civil é diferente da do processo penal, os princípios garantistas deste último, bem como a estruturação do juiz natural, impedem a alteração superveniente de competência por ato de uma das partes. A única alteração superveniente válida é se o órgão competente originariamente for extinto.

Ante o exposto, é necessário fixar o entendimento no sentido de que, proposta a denúncia, as alterações de fato e de direito não podem implicar mudança da competência, salvo se envolverem a extinção do órgão jurisdicional competente para julgamento.

3.1.3 Da impossibilidade de suspensão de serviços públicos essenciais diante do inadimplemento do usuário



Renata S. Machado Guimarães de Abreu

Analisando as mais recentes decisões de nossos Tribunais Superiores, observamos que as últimas vozes ainda restantes na 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que se manifestavam contrariamente à suspensão de serviços públicos essenciais diante do inadimplemento do usuário resolveram calar-se.

Assim, os Ministros Luiz Fux e José Delgado, em prol do caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país, resolveram, ressaltando seu ponto de vista contrário ao corte, render-se à jurisprudência majoritária, segundo a qual é lícita, após prévio aviso, a suspensão de serviços públicos essenciais *uti singuli* remunerados por tarifa (energia elétrica, água, esgoto, telefonia e outros), diante de seu não pagamento pelo usuário.

O cerne da questão reside no confronto entre o art. 6º, parágrafo 3º, inciso III da Lei de Concessão de Serviços Públicos (Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), que permite à concessionária suspender o serviço, mediante prévio aviso, se o usuário permanece inadimplente e o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), que prega a continuidade do serviço público, vedando, pois, o corte.

Nossos Pretórios, visando a solucionar o conflito aparente de normas, invocam os critérios de resolução de antinomias, quais sejam, o hierárquico (que não resolve o problema, por tratarem-se ambos os diplomas de Leis Ordinárias), o cronológico (segundo o qual a Lei de Concessões seria a prevalente, visto que posterior) e o da especialidade (que também faria prevalecer a Lei de Concessões sobre o Estatuto Consumerista, por tratar aquela de um tipo especial de consumidor, qual seja, o usuário de serviço público).

Entretanto, em que pese o brilho de tais decisões, com

elas não podemos concordar, por entendermos que a solução para o problema não se encontra num simples conflito aparente de normas, mas em um plano superior, qual seja, o dos princípios constitucionais. Analisando-os detidamente, outra conclusão não nos resta a não ser a da inconstitucionalidade do mencionado dispositivo da Lei de Concessões, conforme se vê.

Os primeiros princípios que tomam relevo são os do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, CF/88), uma vez que as concessionárias, ao suspenderem unilateralmente a prestação do serviço, impedem que o usuário possa contestar as contas, a ele transferindo o ônus de ingressar em juízo para aferir valores que desconhecem, tais como a medição do consumo, que é de conhecimento da empresa e não do consumidor.

A proporcionalidade e razoabilidade (implícitas no parágrafo 2º do art. 5º, CF/88) também estariam comprometidas, sendo cediço que a medida de restrição de direitos em questão não é adequada, porquanto o meio escolhido (corte) e o resultado pretendido (pagamento) não são proporcionais, podendo comparar-se tal situação ao fato de “matar uma formiga com um canhão”, sendo a medida também desnecessária, já que anular o direito a um serviço essencial não irá resolver o débito existente.

Outra questão é a da indeclinabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, CF/88) pois, a partir do momento em que a concessionária se vale do direito de cortar o fornecimento de um serviço público diante da não quitação da conta de consumo está, nada mais nada menos, que promovendo autotutela, através da instituição de um verdadeiro Tribunal de Exceção, excluindo do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito.

Ademais, basilar é também o princípio da vedação ao retrocesso, pois, o Código de Defesa do Consumidor realizou a implementação da norma constitucional de eficácia limitada do

princípio programático constante no art. 5º, inciso XXXII, CF/88, segundo a qual o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Assim, quando a Lei de Concessão de Serviços Públicos veio posteriormente a dispor que não se caracteriza como descontinuidade do serviço público sua interrupção por falta de pagamento do usuário, considerando o interesse da coletividade, está, na realidade, praticando um verdadeiro retrocesso a um direito básico do consumidor, outrora implementado.

Por derradeiro, mister relevar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), que pode ser simplesmente resumido na premissa de que viver sem água ou luz nada mais é que viver sem dignidade.

Enfim, a discussão está longe de terminar e agora, mais do que nunca, as concessionárias atuam com respaldo no entendimento já sedimentado nos Tribunais Superiores pátrios, o que vem-nos causando imensa perplexidade e inconformismo. Não vivemos mais a era de fazer justiça com as próprias mãos, ressaltando que o exercício arbitrário das próprias razões é crime. O serviço, uma vez taxado “essencial”, não pode ser interrompido, mesmo diante de seu não pagamento. Isto porque o cidadão brasileiro não é um contumaz “caloteiro” e, se deixou de arcar com suas responsabilidades, foi porque, realmente, não pode fazê-lo naquele momento, situação esta que – convenhamos - só será agravada se tiver o mesmo que viver alguns dias na escuridão ou sem água em sua residência.

3.1.4 Controle de constitucionalidade das prognoses legislativas pelo Poder Judiciário

Cynthia Gontijo d’Assunção

Assessora da Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes praticados por Agentes Políticos Municipais do Ministério Público de Minas Gerais

Marina Kattah

Assessora da Procuradoria de Justiça de Combate aos Crimes praticados por Agentes Políticos Municipais do Ministério Público de Minas Gerais

Embora se tenha, por muito tempo, entendido que o controle de constitucionalidade devesse se restringir apenas a questões de índole eminentemente jurídicas, verifica-se, modernamente, que o exame das circunstâncias fáticas não só é possível, como se avulta necessário para que se dirima, de forma eficaz, uma controvérsia levada à Corte Constitucional. Tal conclusão se curva diante da evidência de que a ideal interpretação da norma pressupõe, muitas vezes, uma análise dos fatos que motivaram sua edição e das conseqüências por eles produzidas.

Sob esse prisma, insta asseverar que é possível um controle pelo Tribunal Constitucional em face da não-confirmação de prognoses legislativas, sendo essas consideradas medidas tomadas pelo Poder Legislativo no intuito de regular situações especiais que, acaso confirmadas, mereceriam um tratamento legislativo especial.

O legislador constituinte originário atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a função precípua de guardião da Constituição. Conseqüência disto é que a supremacia constitucional em face dos demais atos normativos estatais exige que tal órgão jurisdicional se valha de procedimentos hermenêuticos especiais e distintos dos clássicos utilizados na interpretação das leis.

O método hermenêutico clássico no plano da interpretação constitucional tem por premissas: a Constituição, enquanto lei em sentido amplo, há de ser interpretada da mesma forma que qualquer lei; a interpretação da lei está vinculada às regras da hermenêutica jurídica clássica. Este método, inerente a uma sociedade fechada, tem a interpretação constitucional realizada primordialmente pelos aplicadores do direito a qual se restringe à subsunção dos fatos à lei.

A teoria moderna da hermenêutica constitucional, por outro lado, atrela-se a uma sociedade pluralista e ao Estado

Democrático de Direito preceituado pela Constituição da República, cujas normas, justamente com o fito de concretizarem o pluralismo e a democracia, apresentam uma estrutura aberta, fragmentária, incompleta, afastada de qualquer totalitarismo tendente a ignorar a realidade fática.

Segundo a teoria moderna, os participantes do processo de interpretação vão além dos aplicadores do direito, estendendo-se aos diversificados integrantes da sociedade pluralista e, assim, aproximam a Constituição da realidade, com vistas ao alcance do interesse público. Dessarte, a interpretação constitucional deixa de ser exclusivamente estatal para abarcar também a interpretação realizada por tais integrantes. Neste sentido, o jurista alemão Häberle defende que a Corte Constitucional há de desempenhar um papel de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional, traduzindo a interpretação normativa proporcionada por elas. A prognose realizada pelo Poder Judiciário não constitui, pois, mera substituição da prognose realizada pelo Legislativo.

Essa abertura do processo hermenêutico constitucional é essencial à admissão do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte em face da não confirmação das prognoses legislativas, as quais demandam a apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei, inclusive com a dilação probatória. Esta seria inviável pelo método hermenêutico clássico, fundado no mero contraste entre a norma questionada e a norma constitucional realizado exclusivamente pelos órgãos estatais.

Os fatos legislativos são quaisquer fatos da realidade que tenham relevo para aplicação de uma norma. Em tese de doutorado que se converteu em estudo clássico sobre a matéria, Klaus Jürgen Philippi desenvolveu um estudo empírico sobre os fatos legislativos, classificando-os em “fatos históricos” (*historische*

Tatsache), “fatos atuais” (*gegenwärtige Tatsachen*) e “eventos futuros” (*zukünftige Tatsachen*).

No que respeita aos *eventos futuros*, propugna o autor que a decisão sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento. Assim,

Para tanto, deve a jurisdição constitucional utilizar-se de diversos procedimentos racionais para a realização de prognósticos, entre os quais se incluem os procedimentos das ciências sociais destinados a antever desenvolvimentos futuros a partir de uma análise de diversos fatores; a análise de tendências de desenvolvimento em função do tempo; a generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro e a intenção dos participantes envolvidos no processo; as formulações intuitivas.

Evidencia-se, pois, que, para afirmar a inconstitucionalidade do modelo legislativo, deve o Tribunal verificar a consistência do prognóstico estabelecido pelo legislador e sua aptidão para o alcance do interesse público, enfim, deve aferir o que o legislador efetivamente constatou, ao formular o projeto de lei.

Ainda segundo o magistério do citado jurista alemão, quanto às falhas de prognósticos, a Corte adota uma solução diferenciada, avaliando se a prognose legislativa se revela falha de início ou é um erro de prognóstico que somente se pode constatar *a posteriori*, após uma continuada aplicação da lei. No primeiro caso, a falha enseja a nulidade da lei e no segundo, ela é irrelevante, vez que o legislador se obriga a evitar, no limite do possível, eventuais perigos futuros, os quais podem depender de fatores variados e muitas vezes desconhecidos.

Na aferição desses fatos e prognoses legislativos, quando relevantes, no processo de controle de constitucionalidade, deve-se conferir à Corte Constitucional técnicas processuais adequadas à abertura do procedimento hermenêutico, ampliando-se assim,

os meios de obtenção de informações pelos magistrados e de participação de sociedade nesse processo de manifestação do poder estatal realizado no controle de constitucionalidade.

Atenta à realidade acima descrita, a Lei nº 9.868, de 10/11/1999 introduziu a intervenção do *amicus curiae* nesses processos objetivos de controle de constitucionalidade.

O *amicus curiae* é um terceiro desinteressado que ingressa voluntariamente no processo objetivo de controle de constitucionalidade para fornecer informações técnicas necessárias à formação da convicção judicial. Constitui, pois, um novo instrumento de informação para o órgão jurisdicional que autoriza a participação de diferentes grupos nesses processos judiciais cuja relevância de seu significado se expressa pela eficácia *erga omnes* e pelo efeito vinculante de decisões em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública.

A lei supra mencionada prevê, ainda, a possibilidade de o relator das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade requisitar perícia, solicitar informações adicionais, solicitar informações dos tribunais acerca da aplicação da norma impugnada em seu âmbito jurisdicional, bem como designar data para a realização de audiências públicas.

O desenvolvimento das técnicas processuais acima apontadas e, inclusive, previstas na Lei nº 9.868/1999 representam a modernização do processo objetivo de controle de constitucionalidade e permitem, por parte do Tribunal, uma aferição mais precisa e adequada dos fatos e prognoses estabelecidos ou pressupostos pelo legislador.

É certo que essa análise não só é possível, como necessária, a fim de se proceder à interpretação final da norma em face da Constituição, levando-se em conta seus aspectos e conseqüências de ordem prática, cuja consideração só se faz possível pela interpretação aberta da Constituição.

3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.5.1 SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 303 p.

O Professor Mário Lúcio Quintão é uma das maiores referências do direito atualmente em Minas Gerais. Essa bela obra, segundo o renomado jurista, pretende “analisar os métodos hermenêuticos utilizados pelo Direito Comunitário nos eficientes órgãos comunitários da União Européia (UE) e do Conselho Europeu, que devem ser considerados paradigmas para o Mercosul, visando à integração econômica, jurídica, cultural e política dessas diversas comunidades” (p. 15).

Nesse sentido, Mário Lúcio aduz que:

Também por intermédio do Direito Comunitário há de ser almejada, apesar da assimetria entre diversas sociedades e Estados mundiais, a consolidação dos princípios democráticos da nova ordem internacional, que densifiquem o respeito à dignidade da pessoa humana e favoreçam o fortalecimento

das instituições democráticas estatais, emsejando a cidadania plena e coletiva (p. 19).

A obra é dividida em 6 capítulos, além da conclusão, enfocando sobremaneira os seguintes temas: 1) Pré-compreensão dos direitos humanos como suporte teórico para a metódica de direitos fundamentais; 2) metódica de direitos fundamentais como instrumento de consolidação de instituições democráticas estatais e supra-estatais; 3) a nova hermenêutica jurídica e as teorias dos direitos fundamentais; 4) a crise do Estado Constitucional e a diluição do conceito de soberania em face do direito comunitário; 5) a interpretação dos tratados comunitários; 6) o direito comunitário e o processo de internacionalização dos direitos humanos.

Por fim, o livro conta com uma pesquisa bibliográfica de peso, deixando o conteúdo do trabalho ainda mais destacado.

3.1.5.2 BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. rev. amp. São Paulo: UNESP, 2001. 190p.

Um dos maiores cientistas políticos do século XX, Bobbio, nesta obra, tenta rediscutir a existência e o conteúdo da diáde direita e esquerda, ante as atuais assertivas de sua insignificância no cenário político-jurídico. Nesse mister, o Autor labora com diversos critérios que possam distinguir as partes da diáde, concluindo que a distinção tem por critério específico a concretização da igualdade, na medida em que, enquanto a esquerda tem por fim a maior concretização da igualdade – ou pelo menos a diminuição

da desigualdade – a direita fomenta a conservação da desigualdade, enxergando-a como natural (mesmo as desigualdades sociais) e incentivadora do progresso social.

A obra, como todas do autor, merece leitura profundamente atenta, notadamente para aqueles que acreditam, ao contrário do próprio cientista político italiano, inexistir hodiernamente a diáde.

B) Artigos

3.1.5.4 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **O sistema de defesa da Constituição estadual: aspectos do controle de constitucionalidade perante Constituição do Estado-Membro no Brasil.** Revista de Direito Administrativo, p. 13-49, set-dez 2007.

O presente estudo, de elevada importância para aqueles que militam no Direito principalmente em âmbito estadual, possui profundidade singular, no limite que se propõe a um artigo. Dessa forma, a Autora deslinda as possibilidades do Estado-membro, vinculado que está ao quanto disposto pela Constituição da

República, criar métodos de defesa da sua própria Constituição, trazendo à baila, como reforço à argumentação, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira. Nesse sentido, o estudo se traduz em pesquisa histórica e técnica do federalismo brasileiro e das formas de proteção do texto constitucional.

3.1.5 Jurisprudência da área

3.1.5.1 STF, Pleno. *Conflito de atribuição entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual. Crime contra a ordem econômica.*

EMENTA: COMPETÊNCIA CRIMINAL. Atribuições do Ministério Público. Ação penal. Formação de opinio delicti e apresentação de eventual denúncia. Fatos investigados que configurariam crime contra a ordem econômica. Art. 1º, inc. I, da Lei federal nº 8.176/01. Falta de segurança na instalação e armazenamento de recipientes transportáveis de GLP. Fato que não corresponde a nenhuma das hipóteses do art. 109, IV e VI,

da CF. Incompetência da Justiça Federal. Matéria de atribuição do Ministério Público estadual. Conflito negativo de atribuição conhecido. Precedentes. É da atribuição do Ministério Público estadual analisar inquérito por crime contra a ordem econômica e emitir a respeito opinio delicti, promovendo, ou não, ação penal, se não há violação a bens, interesses ou serviços da União. (STF, Pleno, ACO 1058 / CE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.04.2008).

3.1.5.2 STJ, 1ª Turma. *Teoria do fato consumado*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXAME SUPLETIVO. IDADE MÍNIMA. APROVAÇÃO NO VESTIBULAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES DO STJ. 1. O decurso de tempo consolida fatos jurídicos que devem ser respeitados, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC. Teoria do fato consumado. Precedentes desta Corte: RESP 686991/RO, DJ de 17.06.2005; RESP 584.457/DF, DJ de 31.05.2004; RESP 601499/RN, DJ de 16.08.2004 E RESP 611394/RN, Relator Ministro José Delgado, DJ de 31.05.2004. 2. In casu, o aluno aprovado em concurso vestibular, a despeito de não possuir a

idade mínima de 18 (dezoito) anos exigida pelo art. 38, § 1º, II, da Lei n.º 9.394/96, obteve, em sede de liminar em mandamus, o direito de inscrever-se em curso supletivo para fins de conclusão do ensino médio, viabilizando sua matrícula em Curso Superior. 3. Deveras, consumada a matrícula para o exame supletivo (Banco de questões) naquela oportunidade, o impetrante, ora Recorrente, obtendo êxito nos exames, logrou a expedição do seu certificado de conclusão do 2º Grau, pelo que se impõe a aplicação da Teoria do Fato Consumado. 4. Recurso especial provido para manter incólume a sentença concessiva de segurança. (STJ, 1ª Turma, REsp 900263 / RO, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.11.2007).

3.1.5.3 STJ, 1ª Turma. *Improbidade administrativa. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO. NÃO APROVAÇÃO DE CONTAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO COM EMPRESAS VENCEDORAS. DETERMINAÇÃO ANTERIOR. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO. PRECLUSÃO AFASTADA. VINCULAÇÃO AOS PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO REGULAR DO PROCESSO E CONDIÇÕES DA AÇÃO. DESNECESSIDADE DO LITISCONSÓRCIO.

I - Não há que se falar em afronta ao art. 125, incisos I e II, do CPC, em razão de ter sido alterada a decisão interlocutória que teria determinado a citação das empresas, na condição de

litisconsortes passivas necessárias, uma vez que não preclui a matéria quando se está em exame questão vinculada aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

II - Na ação de improbidade administrativa movida contra ex-prefeito em virtude da não-aprovação das contas relativas aos convênios celebrados entre o município e o FNDE, inexistente a imposição da formação de litisconsórcio necessário entre o ex-prefeito e as empresas vencedoras da licitação, não estando presentes quaisquer das hipóteses descritas no art. 47 do CPC.

III - Recurso especial improvido (STJ, 1ª Turma, REsp 809088 / RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.03.2006).

3.1.5.4 TJMG, 1ª Turma. *Para o ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa basta a existência de simples indícios de afronta ao texto constitucional, sem a necessidade de um maior aprofundamento dos fatos ou de extensa fundamentação.*

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RECEBIMENTO DE PETIÇÃO INICIAL Revela-se correta a decisão que, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa recebe a petição inicial e determina o prosseguimento do feito quando reconhecida a existência de indícios dos atos de improbidade administrativa narrados na proemial, não sendo de se exigir, nesta fase preliminar, um maior aprofundamento dos fatos discutidos, tampouco extensa fundamentação.

(...)

As alegações ventiladas pelo agravante, portanto, além de não encontrarem eco na real situação que se tem na inicial da ação de origem, dizem respeito, a bem da verdade, ao próprio mérito da demanda, e, portanto, deverão ser apreciadas por ocasião da prolação da decisão final, sendo certo que há, na espécie, indícios da prática de improbidade administrativa por parte do agravante que, na realidade, está sendo até mesmo beneficiado com o pro-

cessamento da ação de origem, na medida em que na mesma terá, seguramente, oportunidade para provar eventual fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado na exordial.

Com isso, impõe-se o prosseguimento da ação, com o fito de se buscar a verdade real e se permitir às partes ampla produção de provas, no sentido de corroborar suas respectivas alegações.

A título de esclarecimento, cumpre-me salientar que não inviabiliza o manejo de ação civil pública por improbidade administrativa a não-ocorrência de efetivo prejuízo ao patrimônio público. A ação pode ser admitida pela existência de simples indícios da prática de atos administrativos imorais, no mínimo, ou ilegais.

(...)

Portanto, ante a existência de indícios de afronta a tal preceito constitucional, admite-se o aforamento da competente ação civil pública. A doutrina e a jurisprudência mais modernas têm caminhado no sentido de que o Poder Judiciário pode e deve analisar os atos administrativos do ponto de vista da sua moralidade. Cito, a respeito, a lição de José de Ribamar Barreiros Soares:

“Observamos, assim, que o ato administrativo imoral possui o mesmo caráter de invalidez do ato administrativo ilegal. Desta forma, resulta que o ato administrativo inválido devido ao vício de imoralidade é também passível de análise e invalidação pelo Poder Judiciário.

A questão da moralidade exsurge com maior destaque no que tange aos atos discricionários, uma vez que nestes o administrador possui maior liberdade de atuação. Pode ocorrer que, na escolha entre várias alternativas, aquela realizada pelo administrador público seja legal, atenda ao interesse público,

mas, ainda assim, seja imoral, revelando-se incompatível com o princípio constitucional da moralidade administrativa.” (in “O Controle Judicial do Mérito Administrativo”, Editora Brasília Jurídica, Brasília - 1999, pág. 53).

No mesmo sentido, o entendimento do Colendo STJ:

“É lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da moralidade e do desvio do poder. Como princípio inscrito no art. 37, a Constituição Federal cobra da Administração, além de uma conduta legal, um comportamento ético.” (STJ - 1ª Turma; REsp nº 21.923-5; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; DJU de 13/10/92, pág. 17.662).

O pronunciamento do Min. Marco Aurélio de Mello, quando da sua relatoria no Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, bem define a questão em comento:

“O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Constituição.

O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pactuado pelo respeito à Constituição, não transgide o princípio da separação dos Poderes.

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.” (STF - MS nº 23.452/RJ., DJU de 12/05/2000). (TJMJ, 7ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0427.06.001463-1/001, Rel. Des. Eivaldo George dos Santos, j. 15.05.2007).

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Função socioambiental: solução para o conflito de interesses entre o direito à propriedade privada e o direito ao meio ambiente ecologicamente preservado



Hébica Luiza Machado

Exercendo-se a função de servidora do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, lotada em uma Promotoria de Justiça atuante na defesa do Meio Ambiente, Habitação e Urbanismo, é possível ter contato direto com a situação de tensão que se mostra presente quando as regras de interesse socio-

ambiental incidem sobre a propriedade privada.

O regime jurídico da propriedade vem sofrendo um processo modificativo ao longo da história da humanidade. Mostrou-se necessária uma nova concepção da propriedade a fim de atender aos interesses coletivos e promover o Bem Comum, mediante a determinação de que o direito de propriedade não signifique apenas um poder ou direito, mas sim um poder-dever, ou um direito-função.

A concepção individualista, absoluta e ilimitada do direito de propriedade tornou-se incompatível com os anseios sociais e o surgimento dos direitos metaindividuais: houve uma redefinição do direito de propriedade a partir de sua função social. Percebe-se nitidamente, portanto, que, ao poder concedido ao proprietário, contrapõe-se um dever correspondente de usar sua propriedade de forma a conferir uma finalidade compatível com os interesses sociais.

O perfil do direito de propriedade deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, exercido de forma egoística, para se transformar em um direito com finalidade social. Desta forma, o direito de propriedade tornou-se relativo, uma vez que recebeu uma concepção funcional, isto é, deixou de ser um fim em si mesmo, passando a existir para a persecução de certas funções de caráter social.

Tendo-se em vista que o processo de publicização do direito de propriedade parte da premissa de que é impossível a plena satisfação das liberdades individuais se não forem consideradas as liberdades sociais, mostra-se necessário proceder-se a uma releitura do conceito de propriedade com fulcro nessa nova abordagem de caráter público.

A caracterização do direito de propriedade, no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, passou por um processo evolutivo originado na concepção individualista e absoluta até chegar ao estágio em que se entende a propriedade como um direito revestido de caráter social e ambiental.

Na vigência de um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania e na dignidade da pessoa humana e tendo como objetivo fundamental construir uma sociedade livre,

justa e solidária, não é possível conceber direito subjetivo sem que lhe seja atribuída uma correspondente função social. Além disso, como consequência da influência da terceira dimensão de direitos, a propriedade adquiriu um novo elemento consistente na função ambiental.

Esta nova função de caráter ambiental confere à coletividade o poder de exigir do proprietário a observância das medidas necessárias à preservação do direito metaindividual ao meio ambiente ecologicamente preservado. A necessidade de se fazer uso dos instrumentos postos à disposição da coletividade para a garantia de um meio ambiente ecologicamente preservado torna-se uma realidade inevitável diante do avanço tecnológico e em razão de expressa determinação constitucional.

A incidência da função ambiental sobre a propriedade dinamiza o exercício deste direito, estimulando o proprietário a preservar e a recuperar os bens ambientais sob seu domínio. Tal fato não acarretará somente a preservação do meio ambiente de uma área restrita, mas, certamente, culminará na preservação de todo um ecossistema, mediante a observância do princípio do desenvolvimento sustentável.

O princípio da função social da propriedade impõe que, para o reconhecimento e proteção constitucional do direito do proprietário, sejam observados os interesses da coletividade e a proteção do meio ambiente, não sendo possível que a propriedade privada, sob o argumento de possuir a dupla natureza de direito fundamental e de elemento da ordem econômica, prepondera, de forma prejudicial, sob os interesses socioambientais.

Diante da incidência das regras de interesse social e ambiental, surge um conflito de interesses entre o direito à propriedade privada e o direito ao meio ambiente preservado. O primeiro direito corresponde ao interesse privado do proprietário em exercer seu direito de propriedade exclusivamente de acordo com os seus interesses, enquanto que o segundo direito relaciona-se com o interesse público em preservar o meio ambiente e respeitar as finalidades sociais, o que acarreta restrições ao uso da propriedade particular.

Nesta contraposição de conflitos, deve-se buscar uma harmonização dos interesses privados e públicos. Ambos os interesses são legítimos e recebem proteção do ordenamento jurídico. Entretanto, o interesse público de natureza social e ambiental poderá restringir a realização integral do interesse particular do proprietário.

Apenas quando for impossível promover esta conciliação, deverá adotar-se um posicionamento excludente, em que preponderem os interesses de natureza social e ambiental.

Hébica Luiza Machado

Bacharela em Direito

*Pós-graduada em Direito Público . Pós-graduada em Direito Privado
Oficiala do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

O princípio da função socioambiental da propriedade é o fundamento constitucional para a imposição coativa ao proprietário do exercício de seu direito em consonância com as diretrizes de proteção do meio ambiente e de interesse social.

Não se busca, simplesmente, anular ou limitar o direito à propriedade, mas encontrar um justo equilíbrio entre o interesse privado e o interesse social, de forma que a propriedade privada harmonize-se com os interesses socioambientais. Não se pode

tolerar que o exercício de um direito configure em um instrumento violador das legítimas expectativas sociais e das regras de proteção ambiental.

Constata-se, portanto, que interesse público e interesse social não se excluem, mas se complementam, sendo que a função socioambiental da propriedade é a justa solução para o conflito de interesses surgido entre o direito à propriedade privada e a incidência de regras de interesse social e difuso.

3.2.2 O reajuste dos planos de saúde por faixa etária e a dignidade da pessoa humana



Jamine Gonçalves Bedram

O reajuste por faixa etária é o acréscimo efetuado pela prestadora do serviço na mensalidade do usuário, no mês de seu aniversário, quando este muda de faixa etária.

É historicamente conhecida a prática utilizada pelas empresas fornecedoras de planos de saúde para eliminar de seus quadros os usuários que possuam doenças graves ou que exijam atendimento especial e prolongado. Essas empresas se utilizam do reajuste da mensalidade por faixa etária, para impor ao usuário um preço abusivamente mais alto. Desta forma, os associados ao plano de saúde, em grande parte maiores de 60 anos, por não possuírem condições de arcar com o valor das novas mensalidades, pois estão vivendo um momento de suas vidas em que a renda diminui sensivelmente, são compelidos a rescindir o contrato de plano de saúde e, conseqüentemente, são lesados em seu direito público subjetivo e fundamental de todos as pessoas, o direito à saúde, consagrado pela CF/88.

O Direito à vida é o primeiro e mais importante direito das pessoas, pois é a gênese de todos os demais. Por ele, não há somente o direito de permanecer vivo, mas também o de possibilitar que as pessoas tenham condições de desenvolverem as suas faculdades. Nessa órbita, como sustentáculo do direito à vida, gira o direito à saúde, à existência, à qualidade de vida, à morte digna, e conseqüentemente à assistência à saúde e à velhice digna, que configuram deveres do Estado para com os cidadãos.

É notório o caráter social das seguradoras ou empresas privadas de plano de saúde, consoante o disposto nos artigos 197 e 199 da Constituição da República Federativa do Brasil. A relação entre o usuário do serviço de saúde e os prestadores deste serviço configura uma relação de consumo, pois envolve o destinatário final de plano de assistência médica e hospitalar, o que se encaixa na definição de consumidor e de fornecedor dos artigos 2º e 3º, § 2º, da Lei 8.078/90.

O contrato de plano de saúde é o denominado contrato cativo de longa duração. Assim afirma Cláudia Lima Marques:

Trata-se de serviços que prometem segurança e qualidade, serviços cuja prestação se protraí no tempo, de trato sucessivo,

com uma fase de execução contratual longa e descontínua, de fazer e não fazer, de informar e não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. (MARQUES 2002: 87 e 420)

O usuário adere a ele, realizando os pagamentos exigidos, para se resguardar de futuros problemas oriundos de deficiência em sua saúde, tendo por intento a manutenção da vida. Eis aí o grande alcance social e individual de um contrato dessa espécie, que busca resguardar não só o direito à vida, mas também a uma vida de boa qualidade, e este objetivo, de repente, é inviabilizado para o usuário de um plano de saúde em decorrência de aplicações de reajustes abusivos e excludentes.

Esses contratos devem ter por base a confiança, posto que neles há depositada uma expectativa de continuidade e devem ser garantidas condições mínimas para a manutenção do vínculo.

Nos contratos de plano de saúde, em especial no reajuste por faixa etária, três fatores enleiam-se: o risco ou sinistro, a solidariedade e o tempo ou catividade. Neles, o risco de saúde é abstrato e ligado à idade do consumidor, e por isso a previsão de reajustes decorrentes da mudança de faixa etária. Assim, ao rescindir esse contrato, o consumidor irá perder, irremediavelmente. Aqui, há uma boa-fé, um dever de manter o vínculo e realizar as referidas expectativas do consumidor. Quanto à catividade, os consumidores se tornam vulneráveis devido à dependência que daí decorre. A assistência adequada à saúde está crescentemente onerosa e os consumidores se vêem protegidos e obrigados a confiar no plano de saúde contratado. Estes contratos trazem em seu bojo a expectativa de mudança de condições sociais e econômicas durante seu cumprimento e se torna imprescindível a capacidade de adaptação e cooperação de ambas as partes.

Sem a completa e prévia informação das futuras majorações do plano, o consumidor idoso, usuário do serviço de saúde, não pode ser surpreendido com reajuste cujos valores chegam a até 100% do valor da mensalidade, o que inevitavelmente impossibilita a continuidade da manutenção do contrato pelo contratante e por isso viola a boa fé e o Sistema de Proteção aos Direitos dos Consumidores.

A má fé das empresas operadoras dos planos de saúde nes-

te aspecto é notória. Nesse sentido, José Saramago em seu livro *Intermitências da Morte*, numa trama onde a morte subitamente recusa-se a matar, afirma:

Quanto às empresas seguradoras, terceiras da lista, não há até este momento muito para informar, porquanto ainda não acabaram de entender-se sobre se a actual situação, à luz das alterações introduzidas nas apólices de seguro de vida e a que antes fizemos referência pormenorizada, as prejudicaria ou beneficiaria. Não darão um passo sem estarem bem seguras da firmeza do chão que pisam, mas, quando finalmente o derem, ali mesmo implantarão novas raízes sob a forma de contrato que consigam inventar mais adequada aos seus interesses. Entretanto, como o futuro a Deus pertence e porque não se sabe o que o dia de amanhã nos virá trazer, continuarão a considerar como mortos todos os segurados que atingirem a idade de oitenta anos, este pássaro, pelo menos, já o têm bem seguro na mão, só falta ver se amanhã arranjarão maneira de fazer cair dois na rede. Há quem adiante, no entanto, que, aproveitando a confusão que reina na sociedade, agora mais do que nunca entre a espada e a parede, entre sila e caribdes, entre a cruz e a caldeirinha, talvez não fosse má idéia aumentar para oitenta e cinco ou mesmo noventa anos a idade da morte actuarial.

O raciocínio dos que defendem a alteração é transparente e claro como água, dizem que, chegando àquelas idades, as pessoas, em geral, além de não terem já parentes para lhes acudirem numa necessidade, ou terem-nos tão velhos eles próprios que tanto faz, sofrem sérios rebaixamentos no valor das suas pensões de reforma por efeito da inflação

e dos crescentes aumentos do custo de vida, causa de que muitíssimas vezes se vejam forçadas a interromper o pagamento dos seus prémios de seguro, dando às companhias o melhor dos motivos para considerarem nulo e sem efeito o respectivo contrato. É uma desumanidade, objectam alguns. Negócios são negócios, respondem outros. Veremos no que isto vai dar. (SARAMAGO 2005: 114).

A Lei 9656/98, que regula os planos e seguros de saúde, trata de interesse social coletivo, que possui carga de proteção superior já que se trata de proteger a saúde das pessoas e, por conseguinte, a própria vida humana. Assim, pode-se ver que esta legislação é cogente e de ordem pública, e devendo ser aplicada de imediato e em prevalência a quaisquer convenções que vão contra o fim social dos contratos. A Justiça Social deve ser sempre buscada. As partes, ao firmarem um contrato, têm que se curvar ante a supremacia da ordem pública, a boa-fé e a dignidade da pessoa humana.

A velhice é uma fase da vida pela qual a maior parte de nós passaremos e, assim como em todas as fases da vida, precisamos de uma assistência à saúde razoável, dentro dos limites da dignidade humana. Criar embaraços à assistência à saúde, seja ela prestada pelo poder público, seja pelo privado, estabelecendo contraprestações muito elevadas, é atitude que afronta a dignidade da pessoa humana e deve ser rechaçada. O reajuste das prestações, ao longo do tempo, é uma forma justa de se manter o equilíbrio contratual. Estabelecer um alto percentual de reajuste que acaba por inviabilizar o próprio contrato não pode ser aceito.

Referências bibliográficas

- BOTTESINI, Ângelo Maury, MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde**. 1. ed. São Paulo: RT, 2003.
- CARVALHO, Lygia Caroline Simões. **Os reajustes por mudança de faixa etária dos planos de saúde e o Estatuto do Idoso**. Jus Navigandi, Teresina, 16 abr. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5103>>. Acesso em: 07 de março de 2008.
- CUNHA, Belinda Pereira da. **Antecipação de tutela no código de defesa do consumidor: tutela individual e coletiva**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Da Proteção Contratual**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NETO, Antônio Joaquim Fernandes. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários à Lei de Plano e Seguro-Saúde**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SARAMAGO, José. **As intermitências da morte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

3.2.3 Retenção de matrícula e o Direito do Consumidor

Roberta Henriques de Azevedo

*Estagiária do Ministério Público de Minas Gerais
13ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora (MG)*

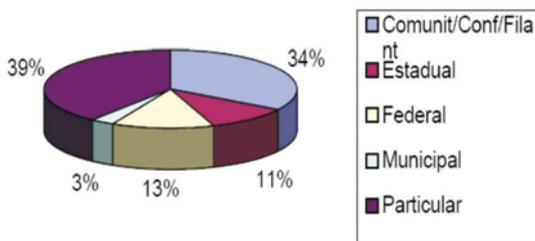


Roberta Henriques de Azevedo

Devido às altas taxas de desemprego e à necessidade de contínuo aprendizado e especialização para entrada no mercado de trabalho, cresceu a procura por ensino superior e pela conquista de um diploma. Como as universidades públicas não conseguiram satisfazer essa demanda intensa, o número de faculdades particulares aumentou consideravelmente. Este crescimento desordenado acarretou alguns problemas, dentre eles, a busca incessante por auferir lucro.

Para ilustrar a situação do ensino privado no Brasil e a expansão das matrículas serão usados gráficos baseados nos dados coletados pelo Ministério da Educação, (MEC/INEP/Censo Escolar 2006). Segundo esta pesquisa, o Brasil possui 55.942.047 (cinquenta e cinco milhões, novecentas e quarenta e duas mil e quarenta e sete) pessoas matriculadas na educação infantil (creche e pré-escola), ensino fundamental, ensino médio, educação de jovens e adultos, educação especial e educação profissional.

Matrículas no Ensino Superior por Natureza de IES - Brasil - 2005 (Fonte: SINAES/INEP/MEC)



As Instituições Privadas atendem, juntas, 73% das matrículas e possuem ainda, o maior percentual de vagas: 39% (1.753.184). Atualmente, constata-se ainda outro dado relevante que foi a queda da participação privada na educação básica, acompanhada pelo crescimento do número de matrículas no ensino superior pago, o que acarreta toda a discussão demonstrada neste artigo.

Evolução das Matrículas em Instituições de Ensino Superior (IES) Públicas e Privadas – Brasil – 1991 a 2005

Fonte: SINAES/INEP/MEC



Grande parte das faculdades particulares realiza seus vestibulares e divulga seus resultados antes mesmo da primeira etapa das faculdades públicas. Desta forma, os alunos ficam obrigados a garantir suas vagas e efetuar a matrícula, que é uma parcela da anuidade ou da semestralidade. Neste ato de inscrição devem ser analisadas cuidadosamente as cláusulas relativas à rescisão do contrato, transferência, trancamento e desistência da vaga, visando evitar futuros problemas.

O que se questiona é a atitude de muitas destas entidades que retêm a matrícula integralmente ou em certas porcentagens abusivas, quando o aluno desiste do curso ou consegue passar em uma faculdade pública e requer o cancelamento da matrícula. O delegado do MEC, em Brasília, afirma que:

As escolas particulares divulgam os resultados de seus concursos vestibulares e fixam curtíssimos prazos de matrícula aleatoriamente, em diversos momentos. Aos estudantes que se inscrevem em vários concursos resta a opção imediata de efetuar a matrícula, a fim de garantir a vaga obtida. Vindo em seguida a obter classificação em outra escola, pela qual se incluem suas preferências, tais alunos apresentam sua desistência da primeira matrícula, pondo-se então a questão da devolução da parcela da semestralidade que havia pago por ocasião daquela matrícula.

Embasado no Princípio da vontade racional, no qual o consumidor tem direito à informação, reflexão e arrependimento, deve ser permitido o direito à devolução em caso de arrependimento. Caso contrário haveria enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa por parte da faculdade. Assim, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, dispõe sobre o direito

de arrependimento que deve ser integral:

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[]

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código; [];

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[]

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

Desta forma, se o estudante faz a matrícula e desiste do curso antes mesmo de começar o ano letivo, a faculdade deve devolver o valor pago. Caso exista uma cláusula contratual que estabeleça a retenção da quantia paga, esta cláusula deve ser considerada abusiva e declarada nula. Tem-se que a retenção provocaria o enriquecimento sem causa por parte da instituição, visto que a vaga resultante da desistência poderia ser preenchida por outro candidato. Contudo, cabe ressaltar que se existir previsão contratual, o consumidor desistente poderá ser obrigado a pagar uma multa, a qual não poderá exceder 10% do total da dívida, sob pena de ser considerada iníqua.

Segundo o Procon Estadual do Espírito Santo, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, artigo 51, inciso II e IV, as faculdades são obrigadas a reembolsar os estudantes que desistam de estudar nas instituições, após terem realizado as matrículas. Porém, adverte que o código deixa uma brecha para as faculdades, tornando normal a retenção de 10 a 20% do valor integral para cobrir possíveis gastos com as matrículas. Por outro lado, a retenção de 50% do valor integral da matrícula, bem como porcentagens superiores a esta, são consideradas abusivas.

O Procon de Juiz de Fora, por sua vez, orienta que a instituição de ensino só pode reter 25% do valor pago, caso o aluno resolva trancar ou cancelar a matrícula. Ademais, alerta aos alunos para que guardem todos os comprovantes de pagamento com o objetivo de evitar percalços.

Para o Centro de Informação, Defesa e Orientação ao Consumidor (Cidoc), a retenção do valor da matrícula por parte das escolas pode ser de até 20% antes do início das aulas, se não vier previsto no contrato. Por outro lado, se constar, será até a data prevista. Portanto, deve haver um reembolso de pelo menos 80% do valor.

Analisando a situação de não restituição de matrícula à luz do Código Civil, tem-se que tal atitude se torna abusiva, visto que o artigo 876 dispõe:

Art. 876 Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

Assim, para o Código Civil de 2002, a retenção integral de matrícula é ilegal por cercear a liberdade de escolha dos estudantes quando optam por uma faculdade. Visto isso, tomando como base o Código de Defesa do Consumidor, esse direito não poderia ser restringido, pois o que se visa proteger é o direito de escolha do fornecedor, do produto e do serviço.

O entendimento do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) é:

O IDEC considera que o estudante tem direito à devolução do valor da matrícula. Caso contrário haverá o enriquecimento ilícito da instituição de ensino, já que não houve prestação de qualquer serviço, pois a desistência está ocorrendo antes do início do ano letivo. Caso, no ato da matrícula, o estudante tenha assinado alguma cláusula determinando a não devolução do valor pago, esta cláusula é abusiva e contrária ao Código de Defesa do Consumidor, e, portanto, nula.

O estabelecimento de ensino pode cobrar uma multa pela desistência do curso, desde que ela esteja prevista em contrato. Mas o valor não pode ser abusivo (superior a 10% do valor da matrícula). (www.idec.org.br).

A posição das faculdades é de que são gerados custos operacionais e gastos com despesas administrativas que inviabilizariam a devolução do valor pago na matrícula. Todavia, deve-se considerar que estes prováveis gastos estariam cobertos pela taxa paga na inscrição do vestibular. Assim, como ainda não houve a prestação de serviços (início das aulas), não há motivos para a retenção de valores.

Portanto, a matrícula acaba por gerar riqueza indevida para as faculdades particulares, as quais sem despesa alguma embolsam o dinheiro daqueles estudantes que passaram em faculdades públicas ou requereram cancelamento de matrícula. Além disso, outros acadêmicos são chamados a ocuparem aquela vaga e as faculdades receberão novamente esta primeira parcela.

Uma ressalva deve ser feita quando se tratar de alunos que desistem do curso após o início do ano letivo. Neste caso, a Justiça entende que não terá direito à devolução do valor pago na matrícula, sendo que as mensalidades referentes ao período cursado até a desistência poderão ser retidas pela instituição. Evidencia-se ainda, que se estiver no contrato, o consumidor poderá ser obrigado a pagar multa, que não poderá exceder 10% do valor da dívida.

A matrícula não pode ser equiparada a um sinal de negócio, pois o consumidor estaria pagando por algo que não recebeu. Desta forma, a lei protetiva, que veda obrigações iníquas, seria infringida, colocando o consumidor em situação desfavorável. Ademais, à luz dos princípios da isonomia, da boa-fé e do equilíbrio que fundamentam o Direito do Consumidor, deve-se considerar que o risco do negócio é do fornecedor e não do consumidor, pois somente assim se atinge o equilíbrio da relação contratual.

Quanto ao contrato assinado pelo estudante quando ingressa em uma faculdade particular, tem-se que muitas vezes o consumidor não recebe uma via do contrato de prestação de serviço educacional, ou quando recebe, por se tratar de um contrato de adesão, não pode modificar nenhuma cláusula, restando aceitá-lo. Com isso, torna-se evidente a existência de cláusulas abusivas, as quais devem ser declaradas nulas. Para evitar esses transtornos, o contrato deve ser o mais claro e transparente possível, devendo o responsável ficar com uma via, datada e assinada e a escola ficar com a outra.

Os institutos de defesa do consumidor recomendam que antes de fazer o pagamento da taxa de reserva da vaga na facul-

dade, o aluno deve solicitar por escrito a forma de devolução do valor em caso de desistência. Assim, se abrir mão da vaga dentro do prazo estabelecido pela instituição, deverá procurar a secretaria da escola e exigir, de preferência por escrito, a restituição do valor pago. Se não houver cláusula específica sobre o assunto no contrato, o aluno não é obrigado a pagar qualquer valor referente à multa pela rescisão. Outra orientação dada aos consumidores, no caso da devolução não ser efetuada, é fazer uma reclamação no Procon ou ajuizar ação requerendo o reembolso da quantia.

Diante do exposto, tem-se que o contrato deve ser claro e preciso, cabendo ao aluno tomar as devidas precauções arroladas anteriormente. Suas cláusulas contratuais não podem ser abusivas, sob pena de serem declaradas nulas.

Em caso de rescisão do contrato, a faculdade deverá reembolsar o aluno integralmente ou poderá reter certa porcentagem referente aos gastos com a matrícula, devendo, no último caso, vir estabelecido no contrato ou em outro documento por escrito. Desta forma, os consumidores acatam-se, evitando futuros conflitos de interesses.

Referências

Agência Estado. Universidades não podem reter dinheiro da matrícula. São Paulo: Universia, 2006. Disponível em:

http://www.universia.com.br/html/noticia/noticia_clipping_cjgee.html. Acesso em: 21 jan. 2008.

BALTAR, Marcelo.-Ministério Público diz que retenção acima de 20% da taxa de matrícula em faculdades particulares é abusiva. [S.l. s.n.]: 2007. Disponível em: http://gazetaonline.globo.com/noticias/minutoaminuto/local/local_materia.php?cd_matia=374463&cd_site=850. Acesso em: 21 jan. 2008.

CHOUCAIR, Geórgia. Matrícula deve ser restituída. [S.l.]: Jornal Estado de Minas, 2007. Disponível em: <http://www.mercadomineiro.com.br/vernoticia.jsp?cod=3333>. Acesso em: 21 jan. 2008.

CORRÊA, Ricardo. *Cancelamento de matrícula*: Procon diz que estudante que passou em outra faculdade e quer cancelar a matrícula tem direito a receber dinheiro de volta. Juiz de Fora: [s.n.], 2006. Disponível em: <http://www.acesa.com/consumidor/arquivo/seusdireitos/2006/02/03-matricula/>. Acesso em: 11 fev. 2008.

PORTAL DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Procon-SP orienta sobre matrícula e reserva de vagas no ensino particular. Fundação de Proteção e defesa do consumidor, 2005. Disponível em: <http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1473>. Acesso em: 11 fev. 2008.

REVISTA DO IDEC ONLINE. Universidade: passou, pagou? Disponível em: http://www.idec.org.br/rev_idec_texto_online.asp?pagina=1&ordem=1&id=147. Acesso em: 11 fev. 2008.

ROSA, Amilton Plácido da. Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos de Mato Grosso do Sul. Ação Civil Pública. Missão Salesiana de Mato Grosso e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. 4 abr. 2000.

XIMENES, Salomão Barros; MACEDO, Rafael Conde; ALMEIDA, Eloísa Machado. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivospublicados/amicicuria-eADIn3874.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2008.

3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.4.1 STARLING, Marco Paulo Cardoso; OLIVEIRA, Júnia Barroso de. **Ação civil pública: o Direito e o Processo na Interpretação dos Tribunais Superiores.** Del Rey: Belo Horizonte, 2001, 418p.

Conforme palavras dos próprios autores, a obra consiste num trabalho eminentemente prático e sistemático no qual objetivou-se apresentar substancial coletânea jurisprudencial, acompanhada de remissões doutrinárias de escol sobre o tema da ação civil pública (e matérias correlatas).

Em suma: busca-se indicar a tendência jurisprudencial dos Tribunais Superiores sobre a matéria, fornecendo, inclusive, as contradições e os entendimentos dissonantes, porquanto não se pretende criar limitações ou tampouco influenciar na formação de uma corrente jurisprudencial favorável a esta ou àquela questão; mas, sim, fomentar a discussão sobre um dos mais importantes institutos processuais brasileiros e que mal ingressou na adolescência. Assim, a tarefa que representa a sua interpretação e a sua correta teleologia mal começou (p.)

Outro ponto de destaque do trabalho consiste no fato ele trazer a jurisprudência citada dividida por assunto, o que facilita sobremaneira a pesquisa jurídica nesse sentido. Os capítulos foram divididos nos seguintes tópicos: Ação civil pública: aspectos processuais – Generalidades; Dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais homogêneos em espécie; Consumidor; Meio Ambiente do Trabalho; Improbidade Administrativa; Patrimônio Público; Ação Civil Pública em matéria tributária; A fixação de tarifas – controle via ação civil pública; Ação civil pública no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros.

Em cada um desses capítulos, os leitores irão encontrar farto e diversificado material jurisprudencial de notável conteúdo e alta relevância, razão pela qual, vale a pena a leitura e consulta a esta obra.

B) Artigos

3.2.4.2 DUQUE, Marcelo Schenk. **Cláusulas constitucionais de inabolidade, realidade e garantia de identidade da Constituição: um olhar sob o prisma do direito fundamental de proteção ao consumidor.** REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 66, abril/junho de 2008, pp. 49-81.

O autor concebe a tutela do consumidor como um autêntico direito fundamental e, ao lado dos demais direitos e garantias constitucionais, traduz a denominada identidade da Constituição brasileiro. Por essa razão, enquanto fundamento nuclear da Constituição, a defesa do consumidor estaria amparada pelas cláusulas pétreas, o que significa dizer que não poderia ser abolida ante a eventual reforma constitucional.

O texto ainda aborda pontos da teoria geral do direito constitucional, cuja referência bibliográfica é digna de nota, haja vista a exposição da doutrina de grandes juristas e teóricos no assunto, especialmente no direito estrangeiro. Merece destaque os capítulos 5, 6 e 7, ao tratarem especificamente: O poder de reforma da Constituição como fator de manutenção do equilíbrio

entre a Constituição e a realidade; O poder de reforma e a identidade da Constituição; Considerações sobre a possibilidade de um “duplo processo de reforma” da Constituição. Por fim, vale trazer as lições do autor sobre a tutela especializada do consumidor:

Nesse sentido, repele-se toda e qualquer modificação constitucional que venha a abolir a necessidade de efetiva proteção do consumidor, como realização dos paradigmas de qualidade, segurança e de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. A preservação da identidade constitucional, pela manutenção das decisões fundamentais do poder constituinte – entre as quais, repita-se, encontra-se a necessidade de proteção do consumidor – com o escopo de preservação de elementos essenciais, insuscetíveis de supressão, é uma meta a ser perseguida, incansavelmente. (p. 81).

3.2.5 Jurisprudência da área

3.2.5.1 TJPR, 4ª Câmara Cível. *Atividade esportiva (futebol) é considerada bem cultural brasileiro. Uso da ação civil pública em defesa de direitos difusos dos torcedores em face da federação paranaense de futebol. Legitimidade de entidade que tem como objetivo estatutário a proteção dos direitos do cidadão e promoção da cultura*

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA QUE RECONHECEU A ILEGITIMIDADE ATIVA DA ENTIDADE AUTORA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. VERIFICAÇÃO. OBJETIVOS ESTATUTÁRIOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CIDADÃO E PROMOÇÃO DA CULTURA RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE DESPORTIVA COMO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO. LEI PELÉ. APLICABILIDADE. EQUIPARAÇÃO DOS DIREITOS DO TORCEDOR AOS DO CONSUMIDOR QUE NÃO TEM O CONDÃO DE DIMINUIR O SEU UNIVERSO DE PROTEÇÃO, MAS SIM DE IMPRIMIR-LHES MAIOR TUTELA. LEGITIMIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. PROSSEGUIMENTO EM PRIMEIRO GRAU POR IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO § 3º, DO ARTIGO

515, DO CPC. 1- em sendo a atividade desportiva considerada como patrimônio cultural brasileiro, possui legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos difusos dos torcedores em face da federação paranaense de futebol, a entidade que tem como objetivo estatutário a proteção dos direitos do cidadão e promoção da cultura; 2- a equiparação com os direitos do consumidor dada aos direitos do torcedor, tem o condão de imprimir a esta gama de direitos maior tutela e não de torná-los inócuos, de forma que é incabível a interpretação de que não teriam legitimidade para a busca de sua proteção as entidades que não tivessem como objetivo expresso a proteção dos direitos do consumidor. (TJPR, 4ª Câmara Cível, ApCiv 0424019-9, Rel. Juiz Conv. Rogério Ribas, DJPR 09/05/2008, p. 31)¹.

3.2.5.2 STJ, 2ª Turma. *Responsabilidade objetiva do Estado mesmo diante de conduta omissiva que gere lesão (ou ameaça de lesão) ao meio ambiente. Formação de litisconsórcio passivo facultativo inicial entre o poluidor direto e o Poder Público*

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

1. Ao compulsar os autos verifica-se que o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor à luz do art. 267 IV do Código de Ritos, e o recorrente sequer aviou embargos de declaração com o fim de prequestioná-lo. Tal circunstância atrai a aplicação das Súmulas n° 282 e 356 do STF.

2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, caput, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de

audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.

4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.

5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei n° 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).

6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).

7. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (STJ, 2ª Turma, REsp 604725 / PR, Rel. Min. Castro Meira, j. 21.06.2005)

¹ Material gentilmente enviado pelo Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda, Coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais.

3.2.5.3 STJ, 2ª Turma. Ação civil pública e ação popular: pontos de semelhança e pontos de convergência. Melhor aparelhamento da tutela do Estado Democrático de Direito

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - QUESTÃO DO OBJETO E DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRIVATIZAÇÃO - INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM FACE DO BNDES E DA ANTIGA COMPANHIA ELETROMECÂNICA-CELMA - DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL - DISCUSSÃO SOBRE A ANULAÇÃO DE LEILÃO DE PRIVATIZAÇÃO – POSSIBILIDADE. 1. Questão federal: três os fundamentos do acórdão recorrido que concluíram pela ilegitimidade do MPF: (a) O MPF não poderia utilizar da ação civil pública como sucedâneo da ação popular; (b) A legislação de regência somente autoriza o Ministério Público Estadual, não o Federal, a trilhar em demanda como esta, que visa a anulação de ato administrativo, pois – a bem da verdade – trata-se de privatização de empresa estatal do Estado do Rio de Janeiro; e (c) O princípio da tipicidade estaria em relevo e não permitiria o ajuizamento da ação da forma como foi feito, porquanto inexistente comando normativo que autorize a ação do MPF na busca da desconstituição do ato (leilão de privatização). 2. A Lei Federal n. 8.625/93, art. 25, IV, “b”, legitima o MPF para o manejo da ação civil pública para a anulação de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade. 3. A ação civil pública, em regra, não tem por objeto, apenas, a condenação em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer, conforme o art. 3º da Lei n. 7.347/85, pois o art. 25, IV, “b”, da Lei n. 8.625/93, passou a admitir o manejo da ação civil pública, apenas pelo Parquet, com objeto constitutivo ou desconstitutivo. 4. Hodiernamente, de modo a configurar inclusive uma conquista dos jurisdicionados para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que resulta na própria defesa de um conceito mais amplo – interesses sociais –, esta Corte tem reconhecido, por inúmeras vezes, a legitimidade do órgão ministerial para a atuação na defesa da sociedade. Está o Ministério Público, tanto da União quanto dos Estados, legitimado a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público, podendo valer-se da ação civil pública como objeto constitutivo negativo. Doutrina

e jurisprudência. 5. A superveniente privatização de empresa estatal que causou dano ao erário não retira do Ministério Público a legitimação para a ação civil pública que visa à recomposição do patrimônio público e a anulação do ato, não importando se a ação foi proposta antes da vigência da Lei n. 8.625/93. 6. Daí se não dizer que, então, não existem mais diferenças entre a ação civil pública e a ação popular. Elas existem, apenas ocorrem semelhanças em alguns pontos e em alguns específicos objetos; tudo isso, entretanto, para melhor aparelhar os jurisdicionados na busca de um melhor Estado Democrático de Direito e de uma maior efetividade nos princípios e objetivos da República (arts. 1º e 3º da CF). Não bastasse isso, analisando o tema sobre a ótica processual, tem-se que as tutelas invocadas em ambas as ações são fungíveis, podendo o Parquet se valer da ação civil pública, e o particular da ação popular para tentar resguardar os mesmos objetos. Nada disso entra em contraste com o sistema jurisdicional brasileiro. A fim de que se possa evitar decisões conflitantes, existe a sistemática da prevenção, da conexão e da continência, além de poder o magistrado, a seu talante e nos termos da lei, suspender processo que corre no Juízo onde oficia para aguardar, se assim entender, decisão nos autos de processo em curso em outro Juízo. Sobre o tema, pontuou o saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES (in Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data; RT; 12ª ed.; p. 120) que nem mesmo a ação popular exclui a ação civil pública, visto que a própria lei admite expressamente a concomitância de ambas. Na mesma linha, são os seguintes precedentes desta Corte: REsp 98.648/MG, Rel. Min. José Arnaldo, DJ 28.4.1997; REsp 31.547-9/SP, Rel. Min. Américo Luz, DJ 8.11.1993. 7. Questão da aplicação da Teoria do Fato Consumado, levantada por alguns dos recorridos. Matéria afeta ao mérito da demanda, que deve ser analisada no Juízo de Primeiro Grau. Recurso especial provido, com a determinação do retorno dos autos à primeira instância, para o prosseguimento do feito. (STJ, 2ª Turma, REsp 695214 / RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 14.08.2007)

3.2.5.4 STJ, 1ª Seção. Conexão entre ações civis públicas. Análise pontua e concreta da eficácia subjetiva da coisa julgada a fim de determinar a prejudicialidade ou não entre as demandas

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – CONEXÃO ENTRE DUAS AÇÕES COLETIVAS (AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MPF EM SÃO PAULO E IDÊNTICA AÇÃO AJUIZADA EM MINAS GERAIS PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR) - ART. 2º-A DA LEI 9.494/97. 1. A reunião de processos por conexão decorre do princípio da segurança jurídica e deve ser levada a termo quando vislumbrada a possibilidade de serem proferidas decisões contraditórias que possam vir a incidir sobre as mesmas partes. 2. O provimento jurisdicional a ser prolatado em cada uma das demandas ora analisadas vai recair sobre relações jurídicas formadas por partes distintas, haja vista que os substitutos processuais representam interesses individuais homogêneos de consumidores situados em diferentes unidades da federação. Separação dos processos em obediência à competência territorial. 3. Eficácia subjetiva das sentenças que incidirá sobre os substituídos domiciliados no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Inteligência do art. 2º-A da Lei 9.494/97.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Presidente Prudente - SJ/SP, o suscitado. (...)

Após, o Juízo Federal da 2ª Vara de Presidente Prudente - SJ/SP acolheu a preliminar de prevenção suscitada pela União e determinou a remessa dos autos ao Juízo suscitante, sob o fundamento de que a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal na Subseção Judiciária de Presidente Prudente - SJ/SP é conexa à ação coletiva ajuizada pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor na Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, na qual esta entidade, discutindo a legalidade e constitucionalidade dos encargos financeiros estabelecidos na Medida Provisória nº 14/2001, requer a declaração da abusividade dos encargos criados pelo diploma legal impugnado, com a compensação nas faturas seguintes dos valores recolhidos indevidamente pelos consumidores. O Juízo suscitado argumenta que a citação na ação coletiva ajuizada no Estado de Minas Gerais ocorreu antes da citação realizada nos autos da ação civil pública ajuizada na Seção Judiciária

do Estado de São Paulo. Nesse sentido, afirma que o art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85 enuncia que as ações conexas devem ser reunidas no foro em que ocorreu a propositura da primeira ação.

O Juízo suscitado argumenta que a citação na ação coletiva ajuizada no Estado de Minas Gerais ocorreu antes da citação realizada nos autos da ação civil pública ajuizada na Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Nesse sentido, afirma que o art. 2º, parágrafo único, da Lei 7.347/85 enuncia que as ações conexas devem ser reunidas no foro em que ocorreu a propositura da primeira ação. Recebidos os autos, o Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais - SJ/MG suscitou o presente incidente, sob o fundamento de estatuir o art. 16 da Lei 7.347/85 que a sentença proferida em sede de ação civil pública tem eficácia nos limites da competência territorial do órgão prolator. Logo, a decisão proferida pelo Juízo suscitante não surtirá efeitos na Seção Judiciária do Estado de São Paulo. (...)

Logo, observa-se que, nesta demanda, o parquet busca tutelar interesse individual homogêneo consubstanciado no reconhecimento da ilegalidade da cobrança dos mencionados encargos, com a conseqüente repetição dos valores indevidamente recolhidos pelos usuários dos serviços de energia elétrica.

Por seu turno, defluiu-se que a ação civil coletiva ajuizada na Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais tem por escopo defender os interesses dos consumidores de energia elétrica domiciliados no Estado de Minas Gerais, buscando provimento jurisdicional que reconheça a ilegalidade dos citados encargos instituídos pela MP nº 14/2001 e conseqüente compensação dos valores indevidamente recolhidos pelos substituídos. É viável a reunião das demandas? Observa-se que tanto na ação ajuizada na Seção Judiciária do Estado de São Paulo quanto na ação coletiva ajuizada na Seção Judiciária do Estado de Minas

Gerais, os demandantes discutem a exigibilidade dos encargos financeiros criados pela MP nº 14/2001, à luz de diplomas legais e de princípios constitucionais.

ações possuem a mesma causa de pedir, qual seja, a suposta inconstitucionalidade e ilegalidade da MP nº 14/02, como também são idênticos os pedidos mediatos: declaração de inconstitucionalidade da referida medida provisória e condenação das concessionárias em obrigação de fazer e não-fazer, determinando que as empresas se abstenham de cobrar os discutidos encargos e procedam à devolução dos valores indevidamente recolhidos pelos usuários do serviço.

Dessa forma, poderia se chegar à conclusão de que restaria configurada a conexão, estando, portanto, autorizada a reunião dos processos ora analisados. Todavia, a questão não é tão simples quanto parece. É sabido que o instituto da conexão foi desenvolvido com o objetivo de se preservar a segurança jurídica, evitando-se, assim, a possibilidade da coexistência de decisões contraditórias.

(...)

No caso concreto, o provimento jurisdicional a ser prolatado em cada uma das demandas vai incidir sobre relações jurídicas formadas por partes distintas, haja vista que os substitutos processuais representam interesses de consumidores situados em diferentes unidades da federação.

(...)

Assim, em que pese haver identidade entre o pedido e a causa de pedir, conclui-se que não se deve proceder à reunião dos processos, haja vista que não há risco de que eventuais decisões contraditórias venham a incidir sobre os mesmos substituídos processuais.

Com essas considerações, conheço do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Presidente Prudente - SJ/SP, o suscitado.

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 A atuação do Ministério Público nas ações de separação e divórcio



**Leonardo Barreto
Moreira Alves**

O presente trabalho, fruto da tese “A racionalização da intervenção do Ministério Público como *custos legis* nas ações de separação e divórcio”, aprovada por ampla maioria no XVII Congresso Nacional do Ministério Público,

realizado em Salvador/BA, nos dias 26 a 29 de setembro de 2007, parte da idéia inicial de que, em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros.

No momento em que esta função se encerra, devem os consortes ter *pleno direito* de dissolver a sociedade conjugal (no caso da separação) ou o vínculo matrimonial (no caso do divórcio), *sem limitação de qualquer ordem*.

Avançando na discussão do tema, temos que, assim como o direito à conjugalidade integra o conjunto dos direitos da personalidade, o direito à dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial também deve integrá-lo. Afinal de contas, se a “comunhão plena de vida” estabelecida pelo casamento (art. 1.511 do Código Civil de 2002) acabou, que sentido há em se criar óbices à decretação do fim da sociedade conjugal e/ou do vínculo matrimonial? Em outra perspectiva, é crível que o ordenamento jurídico imponha restrições ao direito de extinção do ente familiar advindo do casamento, obrigando inclusive os consortes a continuarem convivendo juntos, se já não persiste mais entre eles o *affectio familiae*?

A esse respeito, recorreremos ao genial Professor Cristiano Chaves de Farias, segundo o qual o direito de não manter o núcleo familiar é um

direito potestativo extintivo, uma vez que se atribui ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade, como corolário da afirmação de sua dignidade – grifo nosso (FARIAS, 2004, p. 115-116).

Adotando essa concepção de direito de não manter o

núcleo familiar como *direito potestativo extintivo*, abalizada doutrina civilista vem modernamente sustentando a necessidade de se pôr fim a todo e qualquer elemento legislativo que sirva como empecilho à liberdade de se separar ou divorciar. Nesse sentido, algumas vitórias já foram obtidas, a exemplo da recente promulgação da Lei nº 11.441/07, que facilitou sobremaneira a vida dos cônjuges ao permitir que a separação e o divórcio consensuais sejam obtidos através de um simples procedimento administrativo (extrajudicial).

Outras vitórias já se aproximam, tendo em vista que tramitam no Congresso Nacional inúmeras propostas de alteração legislativa cujo objetivo, em última análise, é corroborar a tendência aqui apresentada, a exemplo do Projeto de Lei nº 507/07 (visa abolir a separação-sanção, modalidade de separação judicial onde há discussão da culpa, substituindo-se o princípio da culpa pelo *princípio da ruptura ou do desamor*) e da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2007¹ (visa abolir o instituto da separação judicial).

Em não sendo mais verificada a função de desenvolvimento da dignidade de cada um dos membros da entidade familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí porque se defende como tese principal deste trabalho a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo, deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (que passam a ter um *direito potestativo extintivo* do matrimônio).

Quanto ao procedimento administrativo da separação e do divórcio consensuais, naturalmente, por não se tratar de procedimento judicial, nele não deve ocorrer a intervenção do Ministério Público como *custos legis*.

Por questões de coerência, utilizando-se das palavras do preclaro Professor Cristiano Chaves de Farias, é possível afirmar que “se não há interesse público que justifique a atuação do Promotor de Justiça nos acordos consensuais de separação ou divórcio em cartório, também não pode existir interesse na dissolução matrimonial em juízo, quando se trate de procedimento consensual” (FARIAS, 2007, p. 57). Não haveria nenhum motivo lógico para tratar situações absolutamente idênticas de forma desigual.

Aliás, esse posicionamento já encontra guarida nas recentes manifestações dos mais diversos órgãos ministeriais do país

¹ Noticie-se que a PEC nº 33/07 foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 02 de agosto de 2007.

a respeito da racionalização da atuação do *Parquet* no processo civil. A título de ilustração, registre-se que o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, em 13 de maio de 2003, publicou a chamada Carta de Ipojuca (PE), na qual consta a recomendação, sem caráter vinculativo, de que é desnecessária a atuação ministerial na “separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes” (letra A, número 4, item I).

A nosso ver, a existência de interesse de incapaz deve ser a única hipótese a ensejar a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer ação de separação ou divórcio, seja ela consensual ou litigiosa. Como justificativa desta tese, é forçoso reprisar o que já afirmado anteriormente: se não há mais interesse público na manutenção do matrimônio quando os consortes assim não querem, estando, portanto, a decisão de dissolver ou não a família por eles formada única e exclusivamente nas mãos do casal (*direito potestativo extintivo*), no exercício de sua autonomia privada, razão inexistente para que o *Parquet* continue atuando em ações desta espécie, salvo no caso de incidência de interesse de incapaz.

A tese aqui esposada não propõe nenhuma revolução no ordenamento jurídico nacional, sequer deve ser encarada como novidade, mas sim como simples adaptação das atribuições ministeriais ao conceito moderno de família e ao regramento da dissolução do casamento dele decorrente.

Nesse trilhar, é deveras pertinente o advento da recente Recomendação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de nº 03/2007 (publicada em 12/11/07), que recomenda, sem caráter normativo, “aos Membros do Ministério Público que oficiam no âmbito cível para não mais intervir nos seguintes feitos: I - separação e divórcio judiciais em que não houver interesse de incapazes”.

Corroborando com esta idéia, o Estatuto das Famílias, Projeto de Lei nº 2.285/2007 apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) à Câmara dos Deputados, por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), no dia 25 de outubro de 2007, não deixa qualquer dúvida sobre esse posicionamento ao determinar, no seu art. 130, que “o Ministério Público deve intervir nos processos judiciais em que houver interesses de crianças, adolescentes e incapazes”.

Ademais, insta salientar que, em existindo interesse de incapaz, a atuação do Promotor de Justiça deve cingir-se apenas e tão-somente a tal interesse, não se manifestando, portanto, quanto ao próprio decreto de separação ou divórcio, bem como quanto aos efeitos decorrentes da dissolução do matrimônio. Nessa linha de intelecção, entende-se necessário o pronunciamento do órgão ministerial de execução, por exemplo, em matérias como guarda judicial dos filhos menores ou alimentos a eles devidos, mas considera-se desnecessária a participação do Promotor no debate de questões como decurso do lapso temporal de 2 (dois) anos para o divórcio direto, partilha de bens (e demais questões econômicas, repetindo as palavras do Ato Normativo do Ministério Público baiano), uso do nome de casado etc.

Por outro lado, impende registrar também que o posicionamento ora sustentado não provoca violação ao quanto previsto no art. 82, II, do Código de Processo Civil, segundo o qual compete ao Ministério Público intervir nas causas concernentes ao estado da pessoa (dentre outras). Como é cediço, a doutrina processual contemporânea vem lecionando que todas as hipóteses de atuação do Ministério Público como fiscal da lei previstas no art. 82 do CPC² devem ser conciliadas com as funções atribuídas a este órgão pelos artigos 127, *caput* (“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”), e 129 da Constituição Federal, o que somente pode ser auferido no caso concreto e não aprioristicamente.

Esclareça-se ainda que, com o fito de se evitar a ocorrência de nulidade processual por ofensa ao disposto no art. 246 do Código de Processo Civil, sustenta-se que persiste a necessidade de intimação do Ministério Público em todos os processos de separação e divórcio, afinal de contas, nas palavras do insigne Professor baiano Fredie Didier Jr., “o que dá ensejo à nulidade é a falta de intimação; ‘se intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há’” (DIDIER JR., 2006, p. 236). De fato, somente após ser intimado (nunca antes, por óbvio) é que o Promotor de Justiça terá acesso aos autos e assim poderá analisar se está presente ou não o interesse público justificador da sua intervenção. Não sendo hipótese de sua intervenção (*in casu*, não existindo interesse de incapaz), deverá o Promotor externar os seus fundamentos, por exigência do art. 43, III, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Seguindo esse trilhar, a Carta de Ipojuca, na letra A, número 1, é de clareza solar ao estatuir que “Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da Instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos”.

Adotar o posicionamento defendido na presente tese significa atender aos reclamos de Promotores de Justiça de todo o país de racionalização dos trabalhos do Ministério Público. Completamente assoberbados nas Comarcas onde atuam em virtude das inúmeras atribuições conferidas pela Constituição Federal, os Promotores, que gozam de enorme credibilidade perante os jurisdicionados e, por isso mesmo, são constantemente cobrados e fiscalizados pela sociedade, acabam sendo obrigados a realizar uma seleção das Curadorias mais relevantes àquela localidade e atuar apenas nelas, deixando de lado Curadorias outras. Acrescente-se a este cenário o fato de que os Promotores ainda têm um volumoso número de processos judiciais (dos mais diversos) aguardando manifestação nas prateleiras das Promotorias de Justiça e chega-se à conclusão de que a atuação do Ministério Público apenas e tão-somente nas searas mais caras à sociedade não é uma alternativa simplesmente cômoda, mas sim um necessário caminho de sobrevivência para a instituição.

Trata-se, inclusive, de ajuste da atuação do Ministério Público ao perfil traçado pela Carta Magna Federal nos artigos 127, *caput*, e 129.

À guisa de arremate, por tudo quanto exposto nesta pes-

² O raciocínio também é válido para os processos de jurisdição voluntária, a exemplo da separação e divórcio judiciais consensuais: não obstante o teor do art. 1.105 do CPC, que obriga a participação do Ministério Público em todos os processos desta natureza, vem se entendendo que o *Parquet* somente deve intervir em tais feitos quando estiver presente uma das hipóteses estampadas pelo art. 82 do CPC e/ou art. 127, *caput*, da Carta Magna.

quisa, considera-se que as pretensões de separação e divórcio, em qualquer modalidade, devem ser reguladas pela autonomia privada dos consortes (exceto quando envolver interesse de incapaz), dispensando, portanto, a intervenção do Ministério Público como *custos legis*. Por conta disso, será alcançado o objetivo da racionalização, o que fomentará a atuação do *Parquet* na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais caros à coletividade, atuação esta que é sua verdadeira vocação constitucional.

Encerremos as conclusões deste trabalho colacionando perfeita síntese externada pelo Professor Cristiano Chaves de Farias, nesses termos:

Isso significa, no plano concreto aqui analisado, que o Ministério Público deve concentrar os seus esforços na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, afastando-se, definitivamente, de toda e qualquer atuação

– processual ou extraprocessual – que não se conforme com a sua feição (constitucional) de instituição vocacionada à defesa de interesses metaindividuais. Vejo, inclusive, com tranqüilidade, a possibilidade de asseverar que – mesmo havendo disposição infraconstitucional prevendo a atuação ministerial em determinadas hipóteses (atinentes a interesses privados, estranhos às latitudes do art. 127 da CF/88) – não deverá o Ministério Público, lastreado no respeito às disposições constitucionais, atuar, em razão da interferência indevida no campo das relações particulares, atentando, não raro, contra garantias individuais. É o caso da habilitação para o casamento, das dissoluções consensuais de união estável, dos alvarás judiciais... O desafio está posto. E, como propõe RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, uma coisa é bem certa: o Direito não mais pode fechar os olhos à realidade que insiste, sempre, em surgir. “Compreender isso é fazer cumprir o Direito mais autêntico, é dar-lhe vida e colocá-lo na vida” - grifo nosso (FARIAS, 2007, p. 15-16).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- _____. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. In *JusNavigandi*, Teresina, ano 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em 08 de novembro de 2006.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida*. In: *Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales*, Argentina, n. 9, set. 2002. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>>. Acesso em 04 de janeiro de 2003.
- _____. *A proclamação da liberdade de permanecer casado ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 18, Jun./Jul., Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 49-82.
- _____. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão)*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 105-126.
- _____. *O Novo Procedimento da Separação e do Divórcio (de acordo com a Lei nº 11.441/07): comentários e análise da Lei nº 11.441/07*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

3.3.2 A nova relação obrigacional complexa



Vinícius Quintino

face do novo modelo civil-constitucional de ensino jurídico.

A nova ordem, pós-moderna, trouxe consigo a necessidade de rever certos dogmas, antes, aceitos como axiomas imutáveis, a fim de

Após anos de evolução do estudo do Direito Civil, muito se falou sobre o direito das obrigações. Porém, é recente o exame aprofundado da matéria pela doutrina contemporânea, no que concerne à reformulação da estrutura da relação obrigacional em

“A confiança, em seu sentido mais amplo de fé nas expectativas de um, é um fundamento básico da vida em sociedade”. (Nicklas Luhmann)

garantir a completude e coerência do sistema do direito.

Nesse viés, o princípio da autonomia privada, por exemplo, foi *relativizado* frente a outros preceitos normativos cogentes, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva. “Já não há mais como manter a autonomia privada em seu castelo intransponível”¹. A antiga noção burguesa de contratar, individualista por preferência, não pode mais prevalecer em um Estado Democrático de Direito que preze pela solidariedade como princípio constitucional.

A autonomia privada é uma norma que coexiste em simétrica paridade com outros princípios de igual importância. Pois, o

Vinícius Quintino

*Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos
Estagiário da Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos
Ministério Público de Minas Gerais
Pesquisador em Direito Civil e em Filosofia do Direito*

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 2.ª ed, Lumen Juris. 2007

ordenamento civil brasileiro está inserido numa lógica de coerência jurídica, que não comporta mais atitudes contrárias à função social e a boa-fé objetiva. Esses preceitos operam na busca pelo adimplemento negocial, e para isso, possuem instrumentos que os auxiliam, de forma que, o fim almejado na fase de negociações seja alcançado da melhor forma possível na conclusão do negócio.

O verbo é cooperar. O direito moderno caminha para a efetivação do princípio constitucional da solidariedade, que por sua vez, tem na cooperação social, um forte instrumento de solidificação. Diante de tal vertente, é lícito destacar o ilustre civilista Clóvis do Couto e Silva² que observou a relação obrigacional como um processo, ou seja, uma série de deveres que caminham para o adimplemento da obrigação, para que, com isso as partes tenham restituída a parcela da liberdade que ficou empenhada no contrato.

Fernando Noronha³ utiliza o termo “sistema obrigacional” para referir-se a esse conjunto de deveres que emanam do vínculo celebrado entre as partes, e conclui que, de um acordo de vontades não emanam somente obrigações simples - de dar, fazer ou não fazer - entre devedor e credor, mas sim um sistema obrigacional complexo, onde estão inseridos deveres anexos que viabilizam maior coerência ao direito civil.

Trazendo à baila os ensinamentos de Menezes Cordeiro⁴, “a complexidade intra-obrigacional traduz a idéia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”.

Nesse sentido, situação complexa é aquela, que é constituída por vários núcleos indissociáveis. A simplicidade ou complexidade duma situação jurídica, propõe Cordeiro, é derivada de fatores científicos ou de problemas de linguagem⁵. Sendo assim, infere-se, que o conceito semântico, estabelecido pelo direito brasileiro, ao negócio jurídico, sempre esteve estritamente atado à noção de cumprimento da palavra dada, elemento do *Pacta sunt servanda*.

Reafirmando tal posicionamento, Rosenthal⁶ defende que: “o conteúdo da relação obrigacional é dado pela autonomia privada e integrado pela boa-fé”. De tal afirmativa extrai-se que existem obrigações, advindas da vontade ou impostas pela lei, e outras, de caráter *avoluntarista*, determinadas pelo princípio da boa-fé objetiva, que orientam positivamente a conduta das partes na relação jurídica obrigacional.

A boa-fé, assevera Couto e Silva, “possui na atualidade, grande relevância, não faltando quem afirme haver transformado o conceito de sistema e a própria teoria tradicional dos direito subjetivos e dos deveres”⁷.

Diante de tal transformação, a doutrina mais apurada sobre a matéria, tem corriqueiramente dividido os deveres obrigacionais em:

primários, secundários (de prestação autônoma ou meramente acessória) e anexos, laterais ou instrumentais. Lorenzetti ainda acrescenta a essa terceira classificação, a terminologia “deveres secundários de conduta” ou colaterais⁸.

Por deveres anexos dos contratos, tradicionalmente exemplifica-se, com os deveres de informação, proteção e lealdade, que, dentre outros, integram os ideais de uma prática obrigacional reflexiva fundada na boa-fé negocial.

Dinâmicos por natureza, os deveres anexos impõem condutas desde a fase pré a pós-contratual. Refere-se aqui aos institutos da *culpa in contrahendo* e a *culpa post pactum finitum*, extensões autônomas e principiológicas da boa-fé.

E esse é o entendimento da III Jornada de Estudos de Direito Civil: “enunciado 170 – Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

A responsabilização pré-contratual por quebra da legítima expectativa está inserida nas matérias tuteladas pela proteção da confiança. Assim, a *culpa in contrahendo* é entendida como a violação dos deveres da boa-fé durante a fase pré-negocial.

Ainda que de forma moderada, a jurisprudência brasileira tem demonstrado, em alguns *leading cases*, um elevado padrão de competência e amadurecimento na aplicação do direito. É o “casos dos tomates”, por exemplo, do TJRS, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar⁹, em que uma empresa, industrializadora de tomates, distribuiu sementes, no tempo do plantio, manifestando a intenção de adquirir o produto da colheita e resolve, por sua conveniência, não mais comprá-lo, causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra.

A pós-eficácia da boa-fé, numa relação contratual já finda, “corresponde à projeção simétrica da *culpa in contrahendo* no período pós-contratual”¹⁰. Assim, mesmo que cumpridas, prestação e contraprestação simples, as partes devem guardar o compromisso com a confiança alheia, agindo sempre com lealdade, a proteção e cooperação.

Cordeiro¹¹ evidencia que a jurisprudência e a doutrina vêm classificando esse instituto em novas categorias: pós-eficácia aparente - quando a lei determina certos deveres após a conclusão do negócio, pós-eficácia virtual - quando a própria relação jurídica, complexa, preveja, desde o início, os deveres posteriores e a eficácia continuada - quando, cumprido a prestação principal, subsista ainda os deveres restantes.

Sendo assim, conclui-se que, estamos vivendo num momento de transição - de descrença no mito da modernidade e seus métodos positivistas. Contudo, a boa-fé objetiva está apta a ser o sucedâneo da reformulação da relação obrigacional analisada à luz da solidariedade e do princípio da proteção da confiança.

² SILVA, Clóvis do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976.

³ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo. ed. Saraiva, 1994. p.76

⁴ CORDEIRO, Menezes e ROCHA, Antônio Manuel da. *Da boa-fé no Direito Civil*. 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001. p.586

⁵ CORDEIRO, *cit.*, p.591.

⁶ FARIAS e ROSENVALD, *cit.*, p.

⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português: O Princípio da boa-fé no Direito Brasileiro e Português*. São Paulo: RT, 1980. p. 44.

⁸ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Esquema de uma teoria sistêmica del contrato*. Revista do Consumidor n.º 33. p.57.

⁹ Cf. Caso dos Tomates - Ap. Cível 591028295, Cangaçu, TJRS, 5º Câmara Cível, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, j. 06.06.1991; ver também, Caso do posto de gasolina - Ap. Cível 5910758, Porto Alegre, TJRS, 5º Câmara Cível, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 25.04.1991. (COSTA, Judith Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo. Saraiva, 1999).

¹⁰ CORDEIRO, *idem*. P.625.

¹¹ CORDEIRO, *idem*. P.627.

Bibliografia

- CORDEIRO, Menezes e ROCHA, António Manuel da. *Da boa-fé no Direito Civil*. 2.^a ed., Coimbra/Portugal: Almedina, 2001.
- COSTA, Judith Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo. Saraiva, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 2.^a ed, Lumen Juris. 2007
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. Esquema de uma teoria sistêmica del contrato. *Revista do Consumidor* n.º 33. P.57.
- NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo. Editora Saraiva, 1994.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976.
- Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português: O Princípio da boa-fé no Direito Brasileiro e Português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

3.3.3 A imprescritibilidade da ação negatória de paternidade face aos princípios constitucionais vigentes



**Edilane Consolação
Rosa Nazareth**

CAPÍTULO I - A Família

1. Conceito de família

Diante do assunto em pauta, visualizamos várias definições de família. Partindo de um pressuposto mais abrangente, temos como base um conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, compreendendo os ascendentes, descendentes, os colaterais do cônjuge e seus parentes em linha reta, que se denominam parentes por afinidade ou afins, ou seja, o parentesco. A partir de um conceito mais restrito, o Direito Civil moderno limita os membros da família às pessoas unidas por uma relação conjugal ou de parentesco, compreendendo somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o “pátrio poder”, conceito este que se estende pela Constituição Federal quando tutela a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes (família monoparental). (VENOSA,2003).

Caio Mário da Silva Pereira (2002) considera família como o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). Com a evolução, se limitou aos pais e filhos, reduzida numericamente porém mais rica de conseqüências e garantias constitucionais. Ademais a família não tem suas normas somente no direito, sendo considerada como célula social por excelência e como organismo ético e social, vão ser expressadas também na religião, na moral, nos costumes, tendo como força coesiva um dado psíquico.

Na verdade, em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca. (PEREIRA,2002)

Para Maria Helena Diniz (2002), é preciso deixar bem claro que o direito de família, em qualquer uma de suas partes (direito matrimonial, convivencial, parental ou tutelar), não tem

conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que concerne ao regime de bens entre os cônjuges ou conviventes, à obrigação alimentar entre parentes, ao usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores, à administração dos bens dos incapazes, e que apenas aparentemente assume a fisionomia de direito real ou obrigacional.

Jacques Lacan (APUD Pereira, 1997), afirma que a família não é um grupo natural, mas cultural, que não se constitui apenas por um homem, mulher e filhos. É antes de tudo uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função, qual seja a de pai, de mãe, e de filhos, sem entretanto estarem necessariamente ligados biologicamente. Fato é que, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldade, ou até mesmo não ocupar o lugar de pai ou mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos.

2. Origem e evolução da família

A evolução da estrutura familiar na História e na Antropologia se apresenta de várias formas: patriarcal ou matriarcal, poligâmica ou monogâmica... ou seja, como um “grupo natural” de indivíduos unidos por uma dupla relação biológica: por um lado, a geração que compõe o grupo; por outro, as condições de meio que postulam o desenvolvimento dos mais novos, enquanto os adultos garantem a reprodução e asseguram a manutenção do grupo. (PEREIRA, 2001)

Atualmente com a quebra do patriarcalismo, da hegemonia do poder marital e paterno, não há mais no Código Civil de 2002, qualquer desigualdade de direitos e deveres do marido e da mulher e dos companheiros. Instituído-se a completa paridade dos cônjuges ou conviventes nas relações pessoais como nas patrimoniais, consagrando o princípio do respeito à dignidade das pessoas casadas e o da igualdade jurídica entre marido e mulher que deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio. (DINIZ, 2002)

Tais fenômenos são conducentes a uma releitura de todo ordenamento jurídico-positivo, baseada na prudência objetiva, levando-se em consideração os valores positivados na Carta Magna, a exaltação de uma reforma do Direito Civil e o respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse alvorecer de mais um século, a sociedade de mentalidade urbanizada e cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante das civiliza-

ções do passado. (VENOSA, 2003).

A Constituição da República de 1988 passa a considerar a família não apenas pelo instituto do casamento, mas também pela união estável (art 226, § 3º) e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada família nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental, eudemonista ou socioafetiva (art 226, § 4º), transmudando nos dizeres de Maria Helena Diniz (2002), “*Numa comunidade fundada no afeto, cujos membros se unem por sentimentos de solidariedade, o que separa de toda coletividade, é a chamada família sociológica*”.

3. Natureza jurídica do Direito de Família

A família é a base organizacional da sociedade, sendo assim objeto de preservação do Estado, fato este que leva o legislador constitucional a afirmar que ela vive sob a égide do Estado. Fazendo com que o ramo do direito que disciplina suas relações jurídicas situe mais próximo do direito público do que do direito privado, prevalecendo o interesse do Estado sobre o interesse individual. Por isso, as normas de Direito de Família, são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares. (RODRIGUES, 1998).

Ruggiero e Maroi (APUD Rodrigues, 1998) observam que todo direito familiar se desenvolve e repousa na idéia de que os vínculos são postos e as faculdades conferidas não tanto para atribuir direitos quanto para impor deveres.

Uma outra característica do direito de família, sob a perspectiva individual de direitos subjetivos, é a sua natureza personalíssima, isto é, esses direitos são intransferíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, eles se ligam à pessoa em virtude de sua posição na relação familiar, não podendo o titular transmiti-los, ou deles despir-se. (RODRIGUES, 1998).

Caio Mário da Silva Pereira (2002) entende que o lugar do direito de família é no Direito Privado e sua classificação correta no Direito Civil, pelo tipo de relação jurídica que visa disciplinar.

Já para Washington de Barros (2001) direito de família está compreendido no direito público, pois suas regras são obrigatórias e de ordem pública, impondo-se a todos de modo imperativo. Outros juristas sustentam que o direito de família destaca nitidamente das restantes partes do direito privado e tende para o direito público; que venha se tornar futuramente direito público é coisa que se não pode afirmar, mas que sobressai no direito privado, de molde a constituir espécie à parte, é fato que não pode ser posto em dúvida.

Para uns essa tendência do direito de família, caminhando em direção ao direito público, representa um passo a frente. É uma conquista moderna, um sinal de progresso na ciência jurídica. Para outros, no entanto, constitui um retrocesso. É retorno ao passado fazendo com que a família volte ao primitivo ponto de partida, revivendo o status em todo o seu vigor, embora sujeito a restrições, sob a égide do próprio Estado.

O certo é que esse ramo do Direito Civil tende a separar-se. Prematuro será afirmar, entretanto, se sua marcha do Direito Privado para o Direito Público constitui um bem ou um mal, sinal de progresso ou estigma de decadência. Só o futuro esclarecerá um dia tal questão. (MONTEIRO, 2001).

CAPÍTULO II - DA PATERNIDADE

1. Evolução histórica

Não se pode compreender o organismo familiar sem este binômio filiação-paternidade ou filiação-maternidade. Especificamente considerada, a filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. Estabelecendo-se entre pessoas das quais uma descende da outra é considerada como filiação propriamente dita, quando visa o lado do filho; e, reversamente, encarada pelo lado do pai se chama paternidade, e pelo lado mãe, maternidade. (Pereira, 2001, p.191)

O Código Civil de 1916 elegeu, como base única da família, o casamento, que originava a família legítima. A partir daí todas as normas se submetiam aos princípios e finalidades fixados pelo ordenamento jurídico para o casamento, tal qual a filiação. O estabelecimento da paternidade foi um fator que atormentou o legislador, quanto a sua incerteza, já a maternidade era comprovada visualmente. Com o intuito de preservar a paz familiar, a paternidade do Código Civil impõe a paternidade presumida fundada no princípio *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*, contribuindo assim para o surgimento da paternidade jurídica, e com isso a situação jurídica dos pais também influenciou no *status* de filho. Pois, se casado o pai com outra mulher que não a mãe ou tivessem os pais parentesco em grau que impedisse o casamento, vedava-se ao filho a aquisição de tal *status*. (BARBOZA, 1998)

Num breve histórico da presunção de paternidade romana, percebe-se dois momentos distintos em que o pai exerce a prerrogativa de reconhecer ou recusar a criança ao nascer, sendo esta a expressão do poder *pater*, poder decorrente do adágio latino de que *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Poder este de registrar a admissão do filho na família através de um ato de vontade, sob orientações de regras legais que possibilita a inclusão do filho dentro da família. (NOGUEIRA, 2001)

O Código Civil Brasileiro aderiu-se aos sistemas latinos codificados, com o intuito de defender a “instituição matrimônio”, inspirando em duas características marcantes: a legitimidade exclusiva do marido para impugnar a paternidade do filho tido pela mulher com a qual se casou e a enunciação taxativa de número limitado de fundamentos aptos a ensejar a impugnação da paternidade. A incerteza da paternidade em relação à filiação dentro do casamento é afastada no interesse de segurança jurídica, vem em proteção à família matrimonializada, mesmo que em decorrência da incidência da presunção, seja estabelecida uma paternidade falsa. Assim, o pai da criança é aquele que a lei determinar. (NOGUEIRA, 2001, p.64-68).

A evolução pela qual passou o conceito de paternidade foi demarcada pela funcionalização, despatrimonialização e despenalização das relações de filiação. Busca-se a conjugação dos interesses da criança à verdade biológica em detrimento da estabilidade institucional da família na determinação da filiação. (DE OLIVEIRA, 2003).

2. Paternidade biológica

Na paternidade biológica, o pai é autor genético da fecundação. Para o ordenamento jurídico brasileiro, a determinação da paternidade segue dois critérios: o critério jurídico da presunção estabelecido pelo direito romano de que o pai é o marido da mãe

e o critério biológico que se explica pela descendência genética. Até o advento da Constituição da República de 1988, que proibiu qualquer discriminação ao conceito de filho, a verdade biológica por vezes era mitigada devido a criança ser fruto de uma relação diversa do matrimônio e por isso considerada indigna. (DE OLIVEIRA, 2003).

Com o advento do exame de DNA, identificador da paternidade biológica, superou-se o sistema presuntivo do vínculo fundado em matrimônio, a fim de se alcançar a verdade biológica. Desse modo, a verdadeira paternidade ainda é entendida como parentesco consanguíneo. Na determinação da paternidade a prova pericial médica passou a ser cabal e definitiva. As sentenças proferidas por nossos tribunais passaram, neste momento, a ser completamente embasadas no laudo que ora excluía paternidade e ora a afirma, criando assim, os filhos do laudo. (QUEIROZ, 2001, p.42).

3. Paternidade socioafetiva

O recurso aos testes de identificação genética permitiu estabelecer as relações de parentalidade, determinando quem é o pai biológico de uma criança, com diretas repercussões na filiação. A evolução das ciências e as contradições trazidas pelo fantástico desenvolvimento tecnológico foram reduzindo o papel da presunção da paternidade legítima que, juntamente com a procura da paternidade natural, cederam espaço maior ao poder inquestionável das provas científicas da filiação biológica. Muito se tem discutido sobre o valor a ser atribuído ao exame de DNA. Para parte da doutrina, deve-se reconhecer ao exame de DNA senão a qualidade relativa, que é própria a todo meio de prova, apesar da certeza quase absoluta de seus resultados na comprovação biológica da paternidade. (DE OLIVEIRA, 2003).

Sérgio Pereira (1992) nos ensina que a paternidade não se limita ao conceito genético ou biológico, mas engloba também o psicológico, moral e sócio-cultural. E que na maioria das vezes, o vínculo biológico transcende a ele mesmo, fato este que contribui para um fracasso patológico total da relação paternidade sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, elucida que múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva, em nível de paternidade, saudável, produtiva e responsável.

A Constituição da República reestruturou o conceito de filiação, baseando-se em valores que contemplam a paternidade socioafetiva, sendo que esta suplanta a obrigação legal na medida em que garante maior estabilidade social quando se exerce a função de pai. Diversas características configuram a paternidade afetiva, entre elas as mais expressivas são a vontade e a posse de estado de filho. No sistema jurídico pátrio a noção de “posse de estado de filho” não é contemplado de modo expreso, seja como elemento probante ou como fonte de pretensão. O inciso II do art 1.605 do Código Civil, porém, deixa uma margem para a aplicação de tal instituto, quando prevê que a filiação poderá ser provada por qualquer modo em direito admitido, desde de que esteja subordinado à existência de “veementes presunções resultantes de fatos já certos”. Assim, a “posse de estado de filho” considerar-se-ia como um fato certo e conhecido. O estado de filho é irrenunciável e imprescritível, integrando o direito da personalidade. (DE OLIVEIRA, 2003).

Muitas vezes a verdade biológica é invocada como ponto de partida. Entretanto, a verdade socioafetiva prevalece, porque a verdadeira paternidade não se explica apenas pelos laços de

sangue. Pai é aquele que exerce uma relação psicoafetiva, tratando de forma plena e verdadeira seu filho diante da sociedade.

Cabe ressaltar que a Constituição da República de 1988, ao adotar o sistema único de filiação, garantiu a todos os filhos o direito à paternidade. O menor passou a ser visto como sujeito de direitos, podendo reivindicá-los em benefício de sua integridade.

A era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não se determina. (NOGUEIRA, 2001).

Percebe-se que a filiação possui três vertentes: a filiação jurídica, a biológica e a socioafetiva. Ideal seria aquela filiação que conjugasse todas as espécies, mas a realidade mostra que elas às vezes não se encontram reunidas, sendo, em alguns casos, até mesmo conflitantes (NOGUEIRA, 2001, p.88).

Sabidamente João Baptista Villela sustenta: *A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o país sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e precisam receber.* (VILLELA, 1980, p.51)

CAPÍTULO III - DA FILIAÇÃO

1. Filiação

O termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram, é um vínculo constituído entre um sujeito e seus pais pouco importando o meio de sua formação, devendo ser demonstrada pela certidão do registro de nascimento, efetuado junto ao cartório civil.

Anteriormente podiam ser classificados os filhos em legítimos, legitimados, adotivos e ilegítimos. Legítimos eram os concebidos através de casamento regular, *adotivo* era aquele que passava por um processo de adoção que tinha os seus direitos limitados quando comparado aos direitos do filho legítimo. Legitimados eram os concebidos em decorrência de união ilícita e posteriormente regulada pelo casamento válido, a legitimação é reconhecimento da filiação, pelos genitores do filho concebido de uma relação ilícita, anteriormente, os filhos adulterinos não podiam ser reconhecidos. Filho ilegítimo era aquele não originário da relação conjugal *extra matrimonium*.

Essa distinção não mais subsiste perante a Carta de 1988: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 227, parágrafo 6º).”

Pelo princípio da igualdade de tratamento dos filhos, não poderá haver discriminação de qualquer espécie por causa da origem da filiação. Pois a Constituição da República de 1988 estabeleceu *isonomia plena*, de tratamento, devendo-se conferir aos filhos havi-

dos e não havidos do casamento os mesmos direitos e garantias.

Num passado não muito distante, a maternidade era sempre certa, hoje, porém, pode-se afirmar com quase certeza a paternidade. O legislador procura na medida do possível fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, considerando as implicações de ordem sociológica e afetiva que envolvem essa problemática. Observando sob a ótica dos ascendentes, o estado de filiação traduz-se na maternidade e paternidade, que tem como termo paternidade de forma genérica para expressar a relação do pai e da mãe com relação aos filhos. (VENOSA, 2003)

2. Reconhecimento de filiação

O Código Civil de 2002, no art 1.606, coloca, como titular da Ação, o filho, para que este prove o parentesco, buscando estabelecer a correta relação de filiação, incorporando o direito processual para ser o caminho para perseguir o *status* pretendido. A lei civil, ao tratar do tema filiação, demonstra a transformação correlacionada ao texto constitucional, sobressaltando o princípio da igualdade elencado na Constituição da República.

O art 1.607 do Código Civil de 2002 trouxe o dispositivo de que “o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”, desaparecendo por completo a impossibilidade de reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos.

A igualdade de direitos dos filhos coloca um ponto final na problemática quanto a distinção de filiação, possibilitando o reconhecimento do estado de filiação sem qualquer restrição.

O ponto chave que estabelece a paternidade entre pai e mãe não casados e o filho é o ato de reconhecimento: voluntário ou coativo. No primeiro, o pai declara solenemente ser pai de determinada pessoa, no segundo, há uma sentença proveniente de uma ação de investigação de paternidade, na qual se prova a relação biológica entre pai e filho.

O reconhecimento voluntário foi mantido pelo art. 1.609 do Código Civil de 2002. A maternidade é um fato, e a paternidade uma presunção, tem os pais a legitimidade para o reconhecimento da paternidade, pois tal ato é personalíssimo e unilateral porque gera efeitos pela simples manifestação de vontade do declarante, é irrevogável, como decorrência da eficácia retroativa e da constitutividade do ato.

Na averiguação oficiosa de paternidade, dá-se a partir da constatação pelo escrivão apenas da maternidade, este remete ao juiz a certidão do ato e das declarações da mãe, informando o nome do suposto pai, endereço e outros dados importantes para identificação. O juiz competente determinará a oitiva da mãe. Em seguida, marcará audiência para oitiva do suposto pai, ou prazo para que se manifeste. Se confessar a paternidade, lavrar-se-á termo de reconhecimento, enviando certidão ao registro civil, para a averbação. Se negada a paternidade ou não manifesto o suposto pai, cabe ao Ministério Público propor a ação de investigação de paternidade contra o suposto pai.

CAPÍTULO IV - A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

1. Presunção de Paternidade

O ordenamento jurídico brasileiro adota a presunção de paternidade do marido em relação aos filhos nascidos na constância do casamento, presunção *pater is est quem justae nuptiae*

demonstrant, que milita em favor da harmonia e da segurança familiar, com o intuito de evitar a atribuição da prole adulterina à mulher casada e também do conceito de bastardia. Para esse fim, consideram concebidos na constância do matrimônio, os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; os filhos nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, divórcio, nulidade e anulação do casamento; os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Esta presunção legal recebe tratamento similar tanto no Código Civil de 1916 quanto na Lei Civil de 2002, de modo a admitir que a própria mãe leve a registro o nascimento do filho, inserindo o nome do marido (como pai da criança), na certidão de nascimento, desde que apresente ao Cartório de Registro Civil a certidão de casamento, provando assim o matrimônio.

Vale ressaltar, que esta presunção legal de paternidade não ocorre em relação a união estável, pois fato é que o nome do “companheiro” somente constará na certidão de registro do nascimento da criança, caso compareça pessoalmente ao cartório e declare a paternidade. Porém, nessa hipótese, a união estável será uma prova a ser considerada em uma possível ação de investigação de paternidade.

2. Ação Negatória de Paternidade

Conhecida também como “ação de contestação de paternidade”, a “ação negatória de paternidade” destina-se a excluir a presunção legal de paternidade, há muito criada pelos romanos (*pater is est quem nuptae demonstrant*). Esta ação parte do princípio de que o marido somente poderia contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher, provando que, no período em que esta engravidou (de 6 a 10 meses antes do nascimento), encontrava-se fisicamente impossibilitado de coabitar ou que já estavam legalmente separados. Entre as hipóteses de impossibilidade física de coabitação, a jurisprudência inclui a separação de fato e impotência *generandi* (esterilidade), desde que absoluta. Saliente-se, a infidelidade confessada ou provada da mulher não é prova cabal da não-paternidade, se os cônjuges viviam sob o mesmo teto. Afinal, o filho pode ser do marido, apesar de infiel a esposa.

Vimos que a presunção de paternidade embora rigorosa, não é absoluta, mas sim relativa, possuía apenas o intuito de preservar o matrimônio e a harmonia no lar. Essa restrição se limitava pelo curto prazo decadencial do Código Civil de 1916 :

Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, § 3º) [...].

Art. 178. Prescreve: [...] § 3º - Em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 338 e 344); § 4º - Em 3 (três) meses: I - a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo. (Código Civil Brasileiro, 2002)

No art. 1.601 do Código Civil de 2002, o verbo “contestar” é mantido como acepção jurídica da impugnação de paternidade, que se mostra, sobretudo, vinculado à concepção de família hierarquizada patriarcal. Nesta fase o legislador perdeu uma oportunidade exímia de introduzir a temática da filiação socioafetiva, que se dá por meio do estado de posse. (FACHIN, 2002).

Quanto aos filhos havidos fora do casamento, poderá haver reconhecimento por parte do pai e da mãe, elidindo, assim, a presunção acima estudada. O reconhecimento da paternidade, nesse caso, poderá ser o espontâneo, ou o voluntário, conforme disposto na Lei 8560/92 (Investigação de Paternidade) e no art. 1.609 do Código Civil de 2002, e forçado, pela via de ação investigação. O ato de reconhecimento é irrevogável, salvo nos casos em que esse ocorrer de forma voluntária e o pai registral provar que foi induzido a acreditar ser o pai biológico, devendo propor uma “Ação Negatória de Paternidade”, alegando que tal reconhecimento é eivado de falsidade ou erro.

Essa visão formal concernente às provas da filiação convive à margem do contexto social, que traz a possibilidade de se aferir a paternidade socioafetiva. Mesmo que sobressaia a importância da engenharia genética, no auxílio das investigações de paternidade, é preciso equilibrar a verdade socioafetiva com a verdade de sangue, porque o filho é mais que um descendente genético, e se revela numa relação construída no afeto cotidiano. Em matéria de família, o julgador tem papel de relevo indiscutível, em equilibrar as duas vertentes, pois há diversos casos, que, mesmo comprovada a exclusão da paternidade biológica, o pedido da ação negatória de paternidade será julgado improcedente, por existir laços afetivos entre as partes. (FACHIN, 2002).

3. Imprescritibilidade da Ação Negatória de Paternidade

Para exercer o direito de contestar a paternidade, o Código Civil de 1916 estabelecia prazo decadencial de dois meses contados a partir do nascimento do filho, se presente o marido, e de três meses, se ausente ou se lhe foi ocultado o nascimento. Nestas duas últimas hipóteses, o prazo se conta do regresso do marido ao lar ou da ciência do fato, pois sua exigüidade tinha o objetivo claro de não criar inseguranças no ambiente familiar. (FIUZA, 2002).

O Código Civil de 2002, por sua vez, suprimiu limitações quanto ao prazo da negatória de paternidade e a declarou “imprescritível”. Essa alteração legislativa veio da redação final, dada ao art. 1.601 do Projeto do Código Civil, pelo Deputado RICARDO FIUZA, que entendeu ser inconstitucional o outrora previsto, e se baseou no desenvolvimento da ciência e na evolução dos exames existentes que facilitam a possibilidade de se apurar o pai biológico.

Muitos doutrinadores se posicionaram favoráveis à imprescritibilidade da negatória de paternidade. Alguns basearam sua opinião no fato de ser uma ação de Estado. Outros, por sua vez, tomaram por base o art. 27 da lei 8.069/90 (ECA): “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”, e a súmula 149 do STF: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é de petição de herança”, ora pela evolução científica que propicia a verdade biológica. Por fim, não faltaram aqueles que adotaram

pensamentos psicanalíticos. O direito à negatória de paternidade prescreve para aquele que reconhece espontaneamente o estado de filiação, pois trata-se de vontade própria, que não resulta de falsidade ou erro.

4. Os Princípios Constitucionais

Princípios são ordenações que norteiam os sistemas de normas, são a base das normas jurídicas e constituem preceitos básicos da organização constitucional.

Os princípios constitucionais no direito de família têm como finalidade precípua, proteger os direitos e garantias fundamentais das relações familiares, e tutelar a paridade e isonomia entre os filhos, a paternidade, a maternidade e, principalmente, a paternidade responsável. Com a evolução dos tempos, novos valores foram colocados no palco de discussões, ampliando, assim, o campo de abrangência do direito constitucional da família, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

Dessa forma, a *garantia constitucional de absoluta prioridade* explicita a prevalência dos interesses da criança e do adolescente, chegando o estatuto enumerar os casos em que se deve observar tal garantia de prioridade, que atinge políticas públicas em geral, a saber: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, parágrafo único, do Estatuto). (BARBOZA, 2000).

O princípio constitucional da afetividade projetou, no ordenamento jurídico, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade, em que prevalece o conceito da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se adotivos. (LÔBO, 2000).

A filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, porém a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares. Como prova disso, a Constituição da República não estabelece mais distinção entre filhos biológicos e adotivos e não tutela apenas a família matrimonializada. As pessoas que se unem em comunhão de afeto são também famílias protegidas, concretizando a concepção de família plural e de filiação fundada no afeto. É a partir desse entendimento, que o princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, III, da Constituição da República), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional. (LÔBO, 2000).

A dignidade humana é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas, que integram a comunidade familiar; mesmo que sejam ainda tão duramente violados na realidade social. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. Não se tratam de direitos e princípios oponíveis apenas ao Estado, mas também à sociedade, à estranhos, e a cada membro da própria família. (LÔBO, 2000).

5. A Imprescritibilidade da Ação Negatória de Paternidade face aos Princípios Constitucionais vigentes

A previsão legal da imprescritibilidade vem de encontro aos princípios constitucionais vigentes, ameaçando totalmente os pilares conquistados durante anos, pelo direito de família. A imprescritibilidade da contestação dá o direito ao pai registral de suspeitar da verdadeira filiação, marcando o triste alvedrio de crianças nascidas de pais despreparados para assunção da paternidade, assim como as mais diferentes formas de angústias e frustrações, colocando amostra toda fragilidade infantil, a decepção de adolescente, a descrença quanto à hipótese de ser feliz.

A não fixação de prazo é absurda e propicia insegurança às relações sociais, não pode ser considerada ilimitada a possibilidade de impugnação de uma relação de paternidade. O mestre, Joao Baptista Villela (1999), demonstra-nos, em sua peça para teatro “art. 1601”, os danos que podem advir da ausência do prazo para as ações negatórias de paternidade.

A imprescritibilidade deve ser suprimida não somente por provocar insegurança às relações familiares, apesar de muitos autores afirmarem que o art. 27, da Lei 8.069/90, dá embasamento ao entendimento de que não há prazo para impugnar a paternidade, pois ali se garante a imprescritibilidade do direito ao reconhecimento do *status* de filiação. Mas, como sabiamente nos ensina o Professor Joao Baptista Villela (1999, p.135), este direito ao reconhecimento do estado de filiação, personalíssimo, indisponível e imprescritível, “*nada rigorosamente nada – tem a ver com os prazos estabelecidos no Código Civil de 1916, em que se quer ver um limite ao exercício da ação negatória. “Os do código são prazos para impugnar uma paternidade já estabelecida, não para estabelecer uma paternidade em favor de quem não a tenha”* VILLELA (1999, p.135). Imprescritível certamente é o reconhecimento da paternidade, que é o direito cabível a quem falte o pai juridicamente estabelecido. Por último, importante ressaltarmos que hoje os exames existentes permitem, com uma precisão de resultados superior a 99,999999999%, a identificação ou a exclusão dos supostos pais. Ocorre que não somente a paternidade biológica é relevante. De acordo com o autor, nem todo o complexo tema da paternidade se pode deixar através de exames de DNA. A paternidade socioafetiva deve também ser considerada e não apenas a biológica.

A contestação da paternidade, por meio do exame do DNA, coloca em risco a valorização da afetividade dos ninhos familiares, abre espaço para a decomposição e desestruturação da família, e contribui em muito para vivermos um mundo cada vez mais desordenado...caótico. Exemplo disso, citamos as crianças e os adolescentes que são filhos do mundo, das ruas, do Estado... Filhos sem pais, sem referências de autoridades, carentes da figura paterna, que somente encontrarão o pai na figura do Juiz, quando ao desafiar a existência de uma ordenação, serão contidos com garras de aço e levados para a casa da lei. (De Barros, 1999).

Aliás, na Constituição da República de 1988, não reside dispositivo legal que privilegie a paternidade genética em detrimento da socioafetiva. Ora, com se pode adequar tal fato ao art. 227 § 6º da Carta Magna que dispõe: “*os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação*”?

Para solidificar ainda mais este pensamento monográfico, far-se-á necessário a exposição das palavras do Professor João Baptista Villela:

Todos os argumentos que militam em favor da prescrição – estabilidade das relações jurídicas, os limites da memória, a segurança, a certeza, etc. – ganham aqui um especial e extremo relevo. Se a uma situação patrimonial modesta e reles já convém beneficiar com os favores da indisputabilidade prescricional, tornando-a preclusa e, portanto, imune a questionamentos, o que não dizer da paternidade, ela própria a encarnação do sólido e do permanente no universo afetivo de cada um? Pai é o contraponto da fragilidade e da insegurança em que está irremediavelmente imersa a criança em seus medos e desvalias. Pai é ainda o porto aonde acorrem os adultos nas crises que o destino lhes propõe e de que nenhuma alma esta está livre.(...) A que estamos condenado – as nossas crianças – se elas sabem ou, pior ainda, desconfiam que seu pai de hoje pode não ser o de amanhã? (VILLELA, 1999, p.138).

Mas a carência paterna não é exclusivamente das famílias socialmente desamparadas, pode ser fruto da dissolução de uma sociedade conjugal e também do reconhecimento de uma nova paternidade. Aquele que se dedicou a seus filhos por toda uma vida, de repente se depara com o fato de que algum deles, não é seu biologicamente, este então será afastado do filho, não terá sido seu pai, sua função não será reconhecida, pois não foi seu, o espermatozóide, responsável por aquela vida. Nestes casos, o filho é afastado do convívio paterno, começa a apresentar problemas na escola, foge de casa, inventa mentiras e idealiza histórias sobre o pai, tais como dizer que ele vive viajando e que não pode viver com ele e sobretudo seu nome será retirado da certidão do “filho”. Nesses litígios, a afetividade se apresenta pelo avesso, é apresentada à criança várias versões paternas, onde a criança terá de lidar com os diversos nomes do pai e adequá-los aos seus anseios e necessidades, provocando assim uma carência paterna. (De Barros, 1999).

Que critérios poderiam justificar a imprescritibilidade da ação em estudo pela característica da imprescritibilidade das ações de Estado? Não está o direito à historicidade do filho sendo usado como fundamento para a ação do pai? “*Essa linha de interpretação, equivocada, faz com que um direito personalíssimo do filho redunde em sujeitá-lo, durante toda a vida do pai, à possibilidade de ter sua condição de filho impugnada!*” (ROCHA, 2002, p.36).

A repentina ausência de laço afetivo, entre pais e filhos, não pode ser capaz de desconstituir a paternidade. Onde se pode vislumbrar a dignidade da pessoa, dignidade desta criança/adolescente/adulto que depois de longa data sendo criada, educada, cuidada e amada, vê-se rejeitada, tendo sua filiação negada?

A imprescritibilidade possibilita a discriminação dos filhos matrimoniais em relações aos não-matrimoniais e adotivos, pois quanto a estes últimos a paternidade não poderá ser impugnada.

No limiar desse novo século, ainda que tenhamos vivenciado avanços importantes pela “constitucionalização” do direito de família, o Código Civil de 2002 demonstra que está alheio às transformações atuais. Todavia, a realidade é mais desafiante, há um horizonte repleto de questionamentos, um repensar da pessoa e do seu bem-estar, para que possamos reconhecer na família, o refúgio do afeto, a vida sob a comunhão da afetividade e não apenas de laços formais.

No IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Luiz Felipe Brasil Santos ilustrou o tema da “Contestação de Paternidade” [...], enfatizando a possibilidade aberta pelo art. 1601, *caput*, do Código Civil, de, a qualquer momento, poder ser desconstituído um vínculo paterno-filial, fortemente marcado pela relações socioafetivas. A alteração, ora exposta, colide com a moderna visão do fenômeno da parentalidade, atentando, ademais, contra a necessária estabili-

dade das relações familiares. Propôs por tais razões, a inserção de um parágrafo a este artigo, que impossibilite a desconstituição do vínculo de filiação quando caracterizada a posse do estado de filho, nos seguintes termos:

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 1601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação **imprescritível. Parágrafo único.** Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação. (Novo Código Civil Brasileiro, 2002)

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 1601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação **imprescritível.**

§ 1º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação. § 2º Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho.

CONCLUSÃO

Essas mudanças do novo século, bem como a verdade biológica, não foram capazes de provar a determinação da verdadeira

paternidade. Fato é, que o direito brasileiro não nos oferece uma resposta para solucionar essa questão. Portanto, os juristas e doutrinadores guiados pela Constituição da República, devem acolher o conceito de “posse de estado de filho” como uma alternativa capaz de produzir efeitos mais benéficos às partes envolvidas neste tipo de conflito, preservando-se principalmente a criança, que é o bem maior a se resguardar.

É notório que a imprescritibilidade fere alguns princípios constitucionais, e que, com a não fixação de um prazo definido, abre-se margem à insegurança nas relações sociais.

Assim, alguns pilares encontram-se ameaçados por uma norma sem princípios e valores éticos que se transmuda na frieza das sentenças proferidas e embasadas por um simples laudo pericial.

No limiar desse novo século, ainda que tenhamos vivenciado avanços importantes pela “constitucionalização” do direito de família, o Código Civil de 2002 demonstra que está alheio às transformações atuais. Todavia, a realidade é mais desafiante, há um horizonte repleto de questionamentos, um repensar da pessoa e do seu bem-estar, para que possamos reconhecer na família, o refúgio do afeto, a vida sob a comunhão da afetividade e não apenas de laços formais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. Prefácio do professor Miguel Reale. Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BRITO, Nágila Maria Sales. Presunção de paternidade no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso de Direito de Família - IBDFAM, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996.
- DE BARROS, Fernanda Otoni de Barros. Um pai digno de ser amado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- DE OLIVEIRA, Raquel Martins. A consanguinidade e a afetividade na determinação da paternidade. **Canal do Direito**. Disponível em www.canaldedireito.com.br/doutrina/civil. Acesso em 20 de maio de 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Direito de Família. 18ª edição, volume V. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.), Direito de família e o novo código civil. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 5ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil: Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MONTEIRO, Washington De Barros. Curso de Direito Civil. 36ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A Filiação Que Se Constrói: O Reconhecimento do Afeto Como Valor Jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.
- PEREIRA, Sérgio Gisckow. Algumas considerações sobre a nova adoção. Revista dos Tribunais, n.º 682, agosto de 1992, p.65.
- PEREIRA, Caio Mário Da Silva. Instituições de direito civil: Direito de Família. 12ª edição. Volume V. Rio de Janeiro: forense, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: Direito de Família. 13ª edição. Volume V. Rio de Janeiro: forense, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. 1ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável. 6ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. A relação jurídica da paternidade com as novas técnicas de inseminação artificial. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais.
- RELATÓRIO-GERAL. Comissão Especial do Código Civil. Parecer Final às Emendas do Senado Federal feitas ao Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984, que instituiu o Código Civil. Relator-Geral: Deputado Ricardo Fiuza.
- ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. Prazo para impugnar a paternidade. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n.º 13, p.36, abr/jun/2002.
- RODRIGUES, SÍLVIO. Direito Civil: Direito de Família. 23ª edição. Volume VI. São Paulo: Saraiva, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Direito de Família Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre Filiações Biológica e Socioafetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. 3ª edição. Volume 6. São Paulo: Atlas, 2003.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista Forense. Rio de Janeiro, jul./set 1980, n.º 71, p.45-51.
- VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades & superstições. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, jul./set 1999, n.º 2, p.135.

3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.4.1 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, 327p.

O Professor Hommerding é Juiz de Direito no TJRS, além de Mestre pela UFSC e Doutor pela UNISINOS.

Essa obra revela um excelente estudo em grau avançado e crítico o qual, nas palavras do autor, “visa a estabelecer os fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Direito Processual Civil” (p.17).

Assim, intenta demonstrar como vêm sendo compreendidos os institutos do processo civil brasileiro à luz da doutrina tradicional, que sofre os influxos do liberal-individualismo-normativista típico do Estado Liberal e da filosofia da consciência, e como podem vir a ser compreendidos (autenticamente) no paradigma do Estado Democrático de Direito, considerado um plus normativo (Streck) agregado Estado Liberal de Direito, de faceta ordenadora, e ao Estado Social de Direito, de caráter promovedor. Nesse sentido, é possível afirmar que a compreensão do direito está imersa em uma crise que ainda não foi desvelada. Essa crise, pois, reflete-se no modo como os juristas têm compreendido a função do di-

reito, notadamente da Constituição e dos institutos do direito Processual Civil. Na medida em que os juristas ainda estão apegados às noções tradicionais (inautênticas) de jurisdição, ação, ampla defesa, tutela antecipada, coisa julgada etc., que ainda não sofreram a necessária (re)leitura constitucional, não é possível compreender adequadamente tais institutos, mesmo diante de um novo paradigma que se instaura(ou) no Estado brasileiro – o do Estado Democrático de Direito – com a promulgação de 1988. (p. 17)

Trata-se, pois, de obra para aqueles que já possuem uma firme base na teoria geral do processo civil e desejam visualizar novas e interessantes perspectivas a respeito desse ramo do direito, partindo da matriz teórica da Nova Crítica do Direito, elaborada de forma original por Lenio Luiz Streck, e com apoio nos grandes jusfilósofos de ontem e hoje.

Por fim, em que pese a profundidade do tema, a clareza e a compreensão do texto revelam-se dignos de nota, o que torna a leitura do texto ainda mais prazerosa e obrigatória.

B) Artigos

3.2.4.2 DIDIER JR., Fredie. **A função social da propriedade e a tutela processual da posse.** REVISTA DE PROCESSO. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 161, ano 33, julho de 2008, pp. 9-20.

Como sabemos, o Professor Fredie Didier Jr., além de advogado e consultor jurídico, é autor de várias obras e artigos na área do processo civil, sendo também mestre pela UFBA e doutor pela PUC-SP. É ainda Professor-Adjunto na UFBA e Professor-coordenador da graduação da Faculdade Baiana de Direito.

Em mais esse interessante artigo, o jurista proclama que com a consagração da função social da propriedade, enquanto direito fundamental e princípio estruturante da ordem econômica, é preciso, a partir de então, exigir como pressuposto para a tutela da posse a demonstração de cumprimento de sua função social.

Assim, após discorrer sobre o princípio da função social da propriedade, inclusive com referência à origem histórica, evolução, regramento no direito comparado e regime jurídico, Didier Jr. retoma o assunto em relação aos fundamentos da tutela

processual da posse. Para ele, com apoio na melhor doutrina, ao artigo 927 do CC deveria ser acrescido de um novo inciso, a fim de compatibilizar a lei infraconstitucional ao texto Constitucional. Vejamos:

Desse modo, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da *função social*. Assim, o art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa um pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade. A correta interpretação dos dispositivos constitucionais leva à *reconstrução* do sistema de tutela processual da posse, que passa a ser *iluminado* pela exigência da observância da *função social da propriedade* (p. 18).

3.3.5 Jurisprudência da área

3.3.5.1 STJ, 1ª Turma. Princípio da efetividade e economia processual em sede de interposição do mandado de segurança. Correção de ofício de irregularidades apresentadas notadamente no plano da indicação da autoridade coatora. Teoria da Encampação.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DEFICIÊNCIA SANÁVEL. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE SERVIDORES ESTADUAIS INATIVOS. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO. AUTORIDADE QUE DEFENDEU O MÉRITO DO ATO IMPUGNADO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. 1. A essência constitucional do Mandado de Segurança, como singular garantia, admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o writ cumpra efetivamente seu escopo maior. 2. “Não viola os artigos 1º e 6º da Lei n. 1.533/51 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental.” Resp nº 34317/PR. 3. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Conseqüentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito. 4. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação. 5. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, a priori, aparência de propositura correta. 6. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a legitimatio ad causam passiva. 7. Precedentes da Corte: AGA 538820/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12/04/2004; RESP 574981/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de

25/02/2004; ROMS 15262/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 02/02/2004; AIMS 4993/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 19/02/2001. 8. Não obstante, in casu, revela-se inócua a causa de extinção do processo porquanto o Secretário de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul goza de legitimatio ad causam. Deveras, o Departamento de Despesa Pública Estadual a quem incumbe, tão-somente, a execução dos sistema de pagamento do pessoal, não possui capacidade processual ou legitimatio ad processum, porquanto pertence à estrutura da Secretaria de Fazenda que determina o desconto da contribuição previdenciária. 9. In casu, o ato inquinado não foi praticado pelo Diretor do Departamento de Despesa Pública Estadual, posto que, a teor dos ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles, “considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução... Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde pelas suas conseqüências administrativas...” (“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data”, 13ªed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 34) por isso que só pode ocupar o pólo passivo do Mandado de Segurança a autoridade que praticou o ato, diretamente, e que possui atribuições para desfazê-lo. 10. O responsável pelo ato impugnado consecutivamente é o Secretário Estadual da Fazenda que é quem detém o poder ordenar ou não que seja feito o desconto da referida contribuição dos proventos dos impetrantes, ora recorrente, sendo certo que ao Departamento de Despesa Pública incumbe, tão-somente, a execução dos sistema de pagamento do pessoal, sob a responsabilidade da Secretaria de Fazenda. 11. Em assim sendo, quer por esse fundamento, quer pela Teoria da Encampação, o Secretário de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul possui tem legitimidade passiva para responder ao presente writ. 12. Precedentes: ROMS 17458 / RS ; Rel.ª MIN.ª. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ de 23.08.2004; ROMS 12693 / SC ; Rel. MIN. PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ de 17.05.2004; AGA 405298 / SC ; Rel. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, - SEGUNDA TURMA, DJ de 29.03.2004; ROMS 12281 / SC ; Rel. MIN. FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, DJ de 04.08.2003; AGA 428190 / SC ; deste relator, PRIMEIRA TURMA, DJ de 04.11.2002; ROMS 12128 / SC ; Rel. MIN. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ de 02.09.2002. 13. Recurso ordinário provido. (STJ, 1ª Turma, RMS 17889/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 07.12.2004, DJ 28.02.2005, p. 187).

3.3.5.2 TJRS, 7ª Câmara Cível. Adoção conjunta por casal homoafetivo

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas

do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer

inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e

dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. **NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70013801592, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/04/2006)**

3.3.5.3 TJRS, 7ª Câmara Cível. *Família Eudemonista. Prevalência do critério afetivo em detrimento do critério biológico*

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INVESTIGANTE QUE JÁ POSSUI PATERNIDADE CONSTANTE EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 362, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO AUTOR DO VOTO VENCEDOR. Os dispositivos legais continuam vigorando em sua literalidade, mas a interpretação deles não pode continuar sendo indefinidamente a mesma. A regra que se extrai da mesma norma não necessariamente deve permanecer igual ao longo do tempo. Embora a norma continue a mesma, a sua fundamentação ética, arejada pelos valores dos tempos atuais, passa a ser outra, e, por isso, a regra que se extrai dessa norma é também outra. Ocorre que a família nos dias que correm é informada pelo valor do AFETO. É a família eudemonista, em que a realização plena de seus integrantes passa a ser a razão e a justificação de existência desse núcleo. Daí o prestígio do

aspecto afetivo da paternidade, que prepondera sobre o vínculo biológico, o que explica que a filiação seja vista muito mais como um fenômeno social do que genético. E é justamente essa nova perspectiva dos vínculos familiares que confere outra fundamentação ética à norma do art. 362 do Código Civil de 1916 (1614 do novo Código), transformando-a em regra diversa, que objetiva agora proteger a preservação da posse do estado de filho, expressão da paternidade socioafetiva. Posicionamento revisto para entender que esse prazo se aplica também à impugnação motivada da paternidade, de tal modo que, decorridos quatro anos desde a maioridade, não é mais possível desconstituir o vínculo constante no registro, e, por conseqüência, inviável se torna investigar a paternidade com relação a terceiro. **DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR. (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70005246897, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 12/03/2003)**

3.3.5.4 STJ, 6ª Turma. *Mandado de segurança impetrado contra Prefeito Municipal. Questões afetas à legitimidade da autoridade apontada como coatora e do prazo em dobro para recorrer*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PREFEITO MUNICIPAL. AUTORIDADE COATORA. SENTENÇA CONCESSIVA DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. PREJUÍZO PRÓPRIO. 1. A jurisprudência deste Tribunal, em precedente da Corte Especial, pacificou entendimento de que a autoridade coatora apenas tem legitimidade para recorrer de sentença que concede a segurança quando tal recurso objetiva defender interesse próprio da dita autoridade. 2. O Prefeito Municipal, na qualidade de autoridade coatora, não possui o prazo dobrado para recurso, sobretudo porque o Alcaide Municipal não se confunde com a Fazenda Pública, esta o ente que suporta o ônus da decisão do mandado de segurança. 3. Recurso especial conhecido, mas improvido. (...)

Antes da análise da tese propriamente dita, cabe ressaltar que a jurisprudência desta Corte já pacificou entendimento de que a autoridade coatora apenas tem legitimidade para recorrer de sentença que concede a segurança quando tal recurso objetiva defender interesse próprio da dita autoridade. Caso seja interesse defender o próprio ato atacado, a legitimidade para recorrer é do ente estatal que suportará o ônus da concessão da segurança. Nesse sentido: “PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA LIMINAR: ATAQUE VIA AGRAVO DE INSTRUMENTO – LEGITIMIDADE PARA RECORRER. 1. Tem legitimidade para recorrer, no mandado de segurança, em princípio, o

órgão público, e não o impetrado, que age como substituto processual da pessoa jurídica na primeira fase do writ. 2. Ao impetrado faculta-se, não obstante, a possibilidade de recorrer como assistente litisconsorcial ou como terceiro, apenas a fim de prevenir sua responsabilidade pessoal por eventual dano decorrente do ato coator, mas não para a defesa deste ato em grau recursal, a qual incumbe à pessoa jurídica de direito público, por seus procuradores legalmente constituídos. 3. Embargos de divergência conhecido, mas improvido.” **(REsp 180.613/SE, Rel. Min. ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, DJ 17.12.2004)**

(...)

Assim, como as normas são taxativas no tocante aos entes beneficiários do prazo em dobro para recorrer, bem como é inadmissível a interpretação extensiva das referidas normas, constata-se que o Prefeito Municipal não possui o prazo dobrado para recurso, sobretudo porque o Alcaide Municipal não se confunde com a Fazenda Pública, esta o ente que suporta o ônus da decisão do mandado de segurança.

Outrossim, como já pacificado por este Sodalício, o Prefeito Municipal apenas tem legitimidade para recorrer em mandado de segurança quando defende interesse próprio, em litisconsórcio com o ente estatal, razão pela qual não pode ter o benefício do prazo em dobro, mormente porque os interesses do ente e do Prefeito são distintos. **(STJ, 6ª Turma, REsp 264632/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 04.09.2007, DJ 19.11.2007 p. 298)**

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Controle dos crimes e o princípio da eficiência

Lélio Braga Calhau

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Coordenador do Núcleo de Intervenção Estratégica para Controle dos Crimes de Homicídios em Governador Valadares (MG)..*

*Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha).
Mestre em Direito do Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (RJ).*

*Conselheiro do ICP – Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais
Auto do livro “Resumo de Criminologia”, 3ª ed, Rio de Janeiro, Impetus, 2008.*



Lélio Braga Calhau

Penso que nós cidadãos já estamos cansados de ler nos jornais comentários de que o sistema penal está falido. Criticar apenas não resolve nada. É preciso mudar o foco. Temos que abandonar preconceitos e estar abertos a novas idéias e propostas criminológicas. Precisamos avançar, em especial, na *qualidade* do trabalho repressivo do Sistema da Justiça Criminal (Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias e Administração Penitenciária) com a melhora da prova a ser produzida nos

fundamentais dos acusados deve ser o princípio fundamental da Justiça Criminal. Ela também deve buscar a eficiência na administração de seus recursos e conseguir o máximo de ações e resultados que espelhem a realidade. Nenhum inocente deve ser condenado e nenhum culpado deve ser absolvido por culpa da ineficiência do Estado. Isso ocorre, em muitos casos, com as absolvições decorrentes das prescrições criminais.

A integração das Polícias vai trazer eficiência para a Justiça Criminal com certeza, mesmo que num primeiro momento haja resistências. A população de Minas Gerais já está ganhando com isso. Já participei de reuniões muito produtivas com delegados de polícia, oficiais da polícia militar mineira e representantes da Secretaria de Estado da Defesa Social. Trocamos experiências, refletimos sobre nossas atuações e fizemos críticas positivas ao funcionamento do Sistema da Justiça Criminal. Estamos mais bem preparados para enfrentar os índices de criminalidade que vem assolando Minas Gerais e o resto do Brasil.

Mas para a eficiência ser maior esse processo, em tese, deveria passar num segundo momento pela integração também do Ministério Público e do Poder Judiciário nesse contexto. Não adianta as polícias prenderem, o Ministério Público processar e posteriormente o Poder Judiciário absolver alegando falhas na investigação ou a tradicional *culpa do sistema*. É importante que o Poder Judiciário esteja integrado efetivamente (inclusive na fiscalização da fase pré-processual) para que o sistema penal (como um todo) seja também eficiente.

Por fim, é de se registrar o pensamento do criminólogo espanhol Antonio García-Pablos de Molina, pois segundo ele o crime não é um tumor nem uma epidemia, senão um doloroso *problema* interpessoal e comunitário. Uma realidade próxima, cotidiana, quase doméstica: um problema *da* comunidade, que nasce *na* comunidade e que deve ser resolvido *pela* comunidade. Um *problema social*, em suma, com tudo que tal caracterização implica função de seus diagnóstico e tratamento. Ou seja, sem atentarmos para isso, não teremos o foco integrador que o controle da criminalidade demanda da sociedade.

processos criminais.

Recentemente li um artigo onde um professor criticava a busca de eficiência pelo Sistema da Justiça Criminal. Segundo o mesmo esse paradigma de *eficientismo* não combina com a defesa dos direitos fundamentais do cidadão.

Pois bem, nada nesse mundo evolui sem que se atente para o *princípio da eficiência*. O Estado ao arrecadar os impostos, administra-os e deve prestar contas de suas ações, utilizando os recursos da melhor forma possível para beneficiar a população. Uma empresa ou associação só irá crescer se for eficiente. Se um estudante de direito não for eficiente nos estudos não conseguirá lograr aprovação no exame de ordem. A Polícia tem de se eficiente no controle dos crimes na parte que está a seu cargo. O mundo é assim.

Não vejo como o Sistema da Justiça Criminal não tenha de ser eficiente também, haja vista que ser eficiente, a meu ver, significa também atuar dentro dos padrões determinados pela Constituição Federal para o Estado Democrático de Direito e com respeito aos direitos fundamentais.

Pecamos, muitas vezes, na questão do controle da criminalidade pelo excesso de radicalismo. O respeito aos direitos

3.4.2 Racionalização e efetividade na atuação do Ministério Público na área criminal

Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça – Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais



Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

É notório que, na grande maioria dos estados brasileiros, notadamente nos mais populosos, as varas criminais vivem abarrotadas de processos, tornando muito difícil ao promotor de justiça e ao juiz de direito realizarem um trabalho de qualidade, em consonância com as exigências de nossa sociedade e com a importância do direito penal.

Tal situação gera morosidade nos processos criminais e total descrença na justiça. Portanto, é passada a hora de aprimorarmos e desenvolvermos métodos de racionalização do serviço do Ministério

Público na área penal para obtermos maior eficiência na nossa atuação.

Há algum tempo, o Ministério Público brasileiro alterou a forma de intervenção na área cível, deixando de se manifestar em inúmeros processos sem interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis, com o objetivo de potencializar a atuação ministerial no campo dos direitos difusos e coletivos (*ex vi*: Carta de Ipojuca, 2003).

Na esfera penal, nós vivemos um momento crucial em que teremos que dar um passo decisivo para otimizar a atuação do Ministério Público brasileiro. Obviamente que, na área criminal, não há alegar-se falta de *interesse ministerial* para intervenção neste ou naquele processo, mesmo porque, na grande maioria dos casos, a instituição assume a posição de parte.

Creemos, porém, que algumas medidas podem (e devem) ser adotadas pelos Promotores de Justiça para diminuir o número de processos criminais, possibilitando ao órgão de execução ministerial despender mais tempo para apurar delitos considerados de maior gravidade, fiscalizar a atividade policial, propor medidas que visam a atingir o patrimônio dos réus, exigir do poder público melhores condições de salubridade e higiene das carceragens etc.

Sem a pretensão de dar uma solução mágica para os problemas que há anos ocorrem na área penal, apontamos abaixo algumas medidas que, no nosso modesto entendimento, podem servir para otimizar a atuação dos Promotores de Justiça no processo penal (sem prejuízo de outras).

É essencial uma mudança de paradigma na interpretação da tipicidade, que deve ser analisada sob a óptica da materialidade (*ex vi*: tipicidade conglobante, princípios da insignificância, da adequação social, do risco permitido, da confiança e consentimento do ofendido¹), deixando de lado o mero juízo formal de adequação de fatos reais a modelos previstos na lei. Com isso, de plano, poderão ser arquivados um grande número de inquéritos policiais (ou peças de informação) que tratam de fatos que não têm nenhuma relevância para o Direito Penal, pois não geram lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico-penal (art. 43, inc. I, do CPP).

Outra questão importante é a real aferição do interesse de agir, condição exigida para o exercício da ação penal (art. 43, inc. III, do CPP), cuja efetiva verificação pelo Promotor de Justiça evitaria o início de inúmeros processos inúteis. Esse é o caso, por exemplo, da chamada prescrição “virtual” ou da “pena em perspectiva”².

Atualmente, nossa doutrina aponta a possibilidade de o membro do Ministério Público desistir da instrução e pedir a imediata absolvição do réu em julgamento antecipado da lide se houver superveniência de fatos que impliquem a perda do interesse, no curso do processo penal³. Esse tipo de medida seguramente evitaria o prolongamento de processos que não teriam resultados práticos.

Creemos que essa nova postura do Ministério Público possibilitará uma significativa redução no volume de inquéritos policiais e de processos criminais que cuidam de fatos sem nenhuma relevância para o Direito Penal.

Por outro lado, acreditamos que, com isso, o Promotor de Justiça terá maior disponibilidade para propor medidas securatórias que busquem atingir o patrimônio do autor do fato delituoso, a exemplo do seqüestro e da hipoteca (arts. 125 a 144 do CPP; e art. 60 e seguintes da Lei nº. 11.343/06); avaliar com maior propriedade as diligências imprescindíveis quando da renovação de prazo para conclusão de inquéritos policiais; instaurar inquéritos civis e propor ações civis públicas visando a melhoria das condições carcerárias etc.

A idéia é que o órgão ministerial deixe de apegar-se a um formalismo exagerado, perdendo tempo (e dinheiro do Estado) com questões criminais que não trarão resultados práticos significativos para, em contrapartida, dedicar-se mais a causas que realmente interessem à sociedade. Isso porque o exercício da ação penal não pode ser banalizado, sob pena de cair em total descrédito.

¹ ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. *Causas de exclusão da tipicidade*. Monografia – III Curso de Especialização em Direito Penal. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2000, 85 p.

² MIRANDA JÚNIOR, Domingos Ventura de. *Da aplicabilidade da pena em perspectiva à luz do interesse-utilidade da ação penal*. In: MPMG Jurídico [da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais]. Belo Horizonte: PGJMG, ano I, nº. 3. dez./2005 – jan./2006, p. 56-57.

³ GAZOTO, Luis Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público*. Barueri: Manole, 2003, p.144-145

3.4.3 Inadmissão do uso de provas ilícitas no processo

Hélvio Simões Vidal

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Mestre em Direito (UGF-RJ)
Professor de Direito Penal das Faculdades Integradas Vianna Júnior (Juiz de Fora-MG)

SUMÁRIO: 1. Inadmissão, no processo, das provas ilicitamente obtidas 2. Os frutos da árvore envenenada 3. Prova lícita derivada 4. Escopo de proteção das normas (*Schutzzweck*) 5. A teoria da prova lícita hipotética (*hypothetische Ermittlungsverlauf*) 6. Bibliografia.

1. *Inadmissão, no processo, das provas ilicitamente obtidas.* A Lei n. 11.690 de 11.06. 2008, dando nova redação ao art. 157 do

CPP, fundamentalmente, não admite, no processo, em conformidade com o art. 5º LVI CF-88, as *provas ilícitas*, que são as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais. Por exemplo, a confissão obtida mediante tortura, maus tratos ou coação; a apreensão de documentos, após invasão de domicílio; a escuta telefônica clandestina. Essas provas devem ser desentranhadas do processo (art. 157 'caput' CPP) e, se configurarem crime, devem conduzir à responsabilização dos autores, evidentemente.

2. *Os frutos da árvore envenenada.* Prevê, igualmente, o novo art. 157, § 1º, *primeira parte*, do CPP, que os efeitos da prova ilicitamente obtida alcancem as provas que dela são derivadas, em conformidade com a teoria americana dos frutos da árvore envenenada ('*fruit of the poisonous tree doctrine*').

3. *Prova lícita derivada.* Entretanto, com o socorro da teoria da prova lícita derivada, admite o novo art. 157, §1º *parte final* CPP a solução oferecida pela doutrina alemã, pela qual pode ser utilizada no processo a *prova derivada* obtida legalmente pelos órgãos encarregados da persecução. Assim, por exemplo, um suspeito é interrogado, na investigação pela polícia, ininterruptamente, por 24h e, em virtude do cansaço, confessa a prática de homicídio contra uma criança, inclusive o local onde ocultou o cadáver, encontrando-se, nos despojos, as impressões digitais do suspeito. No processo, este nega a autoria, retratando-se quanto à confissão. Embora, no caso específico do processo alemão, a confissão policial tenha sido obtida com violação ao § 136 a *SPtO*, seus efeitos não se estendem à prova independente e, por isso, a prova pericial obtida com o encontro das impressões digitais do réu no cadáver pode ser validamente utilizada (cf. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2006, pg. 292 n. 487). Figurando, no processo penal, o acusado como sujeito do processo (*Prozeßsubjekt*), decorre que seu comportamento e livre determinação não podem prejudicá-lo. De outro lado, o acusado está protegido contra os métodos proibidos de interrogatório (*Verbotenen Vernehmungsmethoden*), por exemplo, maus tratos, submissão a cansaço e extenuação durante a inquirição, ofensas corporais, subministração de medicamentos, engano, hipnose, ameaças, indução a erro, por exemplo, pela promessa de vantagens legais inexistentes, tortura, 'soro da verdade' etc. A efetividade dessa proibição é garantida pela proibição da utilização da prova obtida com violação ao direito, cuja indisponibilidade vem garantida pelo § 136 a III *StPO* alemão, inadmitindo a prova ainda que com isso esteja de acordo o acusado (ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006, pg. 201). No exemplo figurado, entretanto, a despeito da exclusão da prova ilícita (confissão), admite-se a condenação com base na prova lícita derivada (perícia).

4. *Escopo de proteção das normas (Schutzzweck).* Os casos

podem ser multiplicados, com diversas possibilidades de solução. Assim, por exemplo, Se *A* é acusado (*Angeklager*) de lesionar sua esposa *E* (*Ehefrau*), porém, essa, ao depor, não é advertida quanto ao seu direito ao silêncio (§ 52, III, 1 *StPO*) e, no processo principal (*Hauptverhandlung*) a vítima recusa-se ao depoimento, não pode o juiz instrutor utilizar-se do pretérito depoimento para condenar o réu, na falta de outros meios de prova. *A* deve ser absolvido (BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2006, pg. 291 n. 484). A recusa em depor, por parte da esposa do réu, é ilimitada e se fundamenta na necessidade de evitar um conflito entre o dever de verdade e as relações familiares (ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 1998, pg. 210, n. 14). A não advertência à testemunha, e, portanto, a violação ao direito à recusa ou silêncio em depor (*Zeeignisverweigerungsrecht*) fundamenta a absolvição do acusado, no exemplo referido. Outro exemplo: se *A* é investigado por vender drogas à prostituta *P* e esta é intimada a prestar depoimento como testemunha, no processo preliminar, embora sua conduta seja punível pelo art. 29 da Lei Antidrogas (*BtMG*), sem advertência quanto ao seu direito ao silêncio, negando-se a depor no processo principal, pode, entretanto, seu primeiro depoimento, embora sem advertência, ser utilizado como meio de prova para a condenação de *A*. Com apelo à teoria do círculo jurídico (*Rechtskreistheorie*), o pretérito depoimento de *P* pode ser utilizado, uma vez que a omissão de informação quanto ao seu direito ao silêncio somente trata da proteção à testemunha e não do suspeito ou acusado (BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2006, pg. 291-292, n. 485).

5. A teoria da *prova lícita hipotética (hypothetische Ermittlungsverlauf)*, expressamente adotada pelo art. 157, § 2º CPP, significa que, embora ilícita a prova, teria sido possível aos órgãos da persecução penal obtê-la legalmente, tendo em vista os elementos da investigação. Por exemplo, o réu recebe maus tratos e confessa haver cometido homicídio e ocultado o cadáver no celeiro. Encontrado o corpo na propriedade, poderia tê-lo sido achado no dia seguinte, com o emprego de cães farejadores (VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006, pg. 257). Se, pelo estágio da investigação, a prova lícita fosse com alto grau de probabilidade, igualmente obtida pelos meios idôneos, pode ser utilizada. Nesse sentido, substancialmente ROXIN, Claus (*Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 1998, pg. 194):

"Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß eine Verwertung mittelbarer Beweise in dem oben (III 2 vor a) abgesteckten Rahmen nur dann in Betracht kommen kann, wenn sie nach dem bisherigen Gang der Ermittlungen höchswahrscheinlich auch ohne Verfahrensverstöß erlangt worden wären".

Bibliografia

BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2006.
ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 1998.
VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.4.4.1 ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. **Causas de exclusão da tipicidade.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, 104 p.

O autor é Promotor de Justiça Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com atribuições na área penal.

Partindo de uma visão tripartite do crime, nesta obra são analisados os elementos que compõem o delito (fato típico, ilícito e culpável). Merece destaque a idéia de que a tipicidade não representaria a *ratio cognoscendi* nem a *ratio essendi* da ilicitude (conforme posições clássicas da doutrina), devendo ser concebida, assim, como mera etapa metodológica no procedimento de análise de ocorrência ou não do delito.

Após ponderar sobre cada um dos componentes do fato típico – conduta, resultado, nexos causal e tipicidade (com breves comentários sobre as causas de exclusão de cada um desses elementos) –, o autor, finalmente, dá maior realce às causas excludentes da tipicidade. E justamente nessa dimensão do estudo é construída a idéia de um autêntico intercâmbio entre a tipicidade e a antijuridicidade, apontando-se a existência de elementos expressos e implícitos no tipo penal incriminador que, em algumas situações, nos permitem fazer uma valoração da ilicitude ou não da conduta quando da verificação da tipicidade, antecipando-se, assim, o juízo de antijuridicidade.

Como critérios de exclusão da própria tipicidade material

– conduzindo, assim, a um juízo antecipado de exclusão do crime já no âmbito de análise do fato típico – destacam-se: atipicidade conglobante, princípio da adequação social, princípio do risco tolerado ou permitido, princípio da confiança, princípio da insignificância e consentimento do ofendido.

Por fim, outro ponto de relevo da obra reside em seu enfoque pragmático, calcado em uma visão garantista do Direito Penal, atento ao princípio da fragmentariedade. Com base em suas lições, os operadores do direito poderão conduzir um processo penal mais adequado ao espírito do Estado Democrático de Direito, pois a correta compreensão das causas de exclusão da tipicidade material terá o condão de não se permitir o início de uma persecução penal fundada em elementos meramente formais, além de evitar injusto decreto condenatório diante de uma conduta que, embora formalmente típica, seja substancialmente atípica, tendo em vista a ausência de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado ou em razão da irrelevante danosidade social gerada.

Escrita em linguagem didática, pontual e direta, a obra é indicada tanto para os acadêmicos do curso de Direito quanto para os profissionais da área jurídica, como magistrados, membros do Ministério Público, delegados de polícia, advogados, etc.

3.4.4.2 NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos Pressupostos processuais penais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, 135 p.

Neste livro, pretende-se argüir a concepção tradicional e autoritária dos pressupostos processuais de existência e validade da relação jurídica processual-penal na perspectiva da teoria neo-institucionalista do processo.

Para tanto, são analisadas as relações de poder no Estado de Direito liberal e social, pugnando por uma nova concepção de democracia, valendo-se da teoria discursiva de Jürgen Habermas.

A teoria geral do processo é revisitada em suas bases conceituais, confrontando-se a teoria da relação jurídica instrumental

e a concepção fazalariana do processo como procedimento em contraditório, com apoio na idéia do garantismo penal. Os modelos garantista e decisionista de persecução penal são examinados, bem como os sistemas acusatório, inquisitório e misto, com notícia histórica no Direito Comparado.

O sistema processual penal brasileiro e a teoria dos pressupostos processuais penais de existência e validade da relação jurídica são criticamente percorridos, enfatizando-se o instituto da citação pessoal e válida. Com apoio na teoria neo-institucionalista, procura-se esclarecer uma nova posição do ato citatório no arcabouço dos pressupostos processuais.

3.4.4.3 GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 669 p.

A obra foi escrita pelos competentes juristas Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini, inaugurando uma coleção que, coordenada pelo primeiro, “pretende esgotar o estudo das principais áreas do saber penal” (p. 7).

Com efeito, o que distingue esse belo trabalho é maestria com a qual reúne, a um só tempo, uma visão aprofundada e totalmente reformulada do Direito Penal contemporâneo à luz do texto constitucional e das principais tendências jurídico-dogmáticas da

atualidade, aliada à preocupação e esmero em oferecer ao leitor um livro eminentemente didático. Como afirmam os autores, em nota: “Esperamos que este livro venha cumprir seu propósito científico de estimular tanto o estudante como o operador jurídico a conhecer e dominar todas as nuances e mutações do Direito penal da era funcionalista (isto é, pós, finalista)” (p. 8).

Não bastasse a capacidade intelectual dos seus autores, o trabalho conta com uma refinada bibliografia, dando à obra uma credibilidade e consistência doutrinária nível realmente

acentuado. Vale destacar:

No primeiro volume (Introdução e Princípios fundamentais do Direito Penal), cuidamos do conceito de Direito Penal, sua evolução histórica, da simbiose entre Direito penal e Política Criminal (Roxin), do Direito penal na era da globalização, dos Princípios fundamentais do Direito penal, dos limites da antecipação da tutela penal assim como da teoria da norma penal. Essa parte introdutória e principiológica está dirigida a todos os que querem estudar o Direito penal em suas raízes mais profundas. (p. 8)

B) Artigos

3.4.4 GRINOVER. Ada Pellegrini. As condições da ação penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 69 – nov./dez de 2007 (ano 15), pp. 179-199

Nesse belo texto, a Professora Ada Pellegrini discorre sobre as especificidades das condições da ação levando-se em conta a realidade específica do processo penal, à luz da chamada teoria da apresentação.

Ponto de destaque do didático artigo se deve ao fato de a autora discorrer, inicialmente, da teoria geral envolvendo o tema, para, em seguida, abordar, de forma pormenorizada, as várias facetas e nuances de cada uma das condições da ação e os variados temas a elas ligados.

Por exemplo, na dimensão da impossibilidade jurídica, trabalha com a atipicidade penal, falta de justa causa, condições de procedibilidade (representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, entrada do agente no território nacional, admissão, pela Câmara dos Deputados, de acusação contra o Presidente nos crimes comuns, trânsito em julgado nas sentenças que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento, decisão definitiva no processo administrativo de lançamento no caso de crimes tributários.

No plano do interesse de agir, sustenta que o “seu significado há de ser o mesmo no processo civil e no processo penal. No

entanto, é preciso apontar que o interesse-necessidade é implícito em toda e qualquer ação penal” (p. 195).

Por fim, no campo da legitimação, tanto ativa, quanto passiva, merecem destaque as palavras da processualista:

Assim sendo, o legitimado ativo à ação penal condenatória, no Brasil, é o Ministério Público, na ação penal pública (legitimação ordinária) e o ofendido (legitimação extraordinária) na ação penal privada. Na queixa-crime o que se dá é o fenômeno da substituição processual, pois a lei legitima (que não é o titular do jus puniendi), extraordinariamente, ao exercício da ação, deduzindo, a pretensão punitiva.

(...)

A legitimação passiva, no processo condenatório, significa que o réu deve ser o titular da relação jurídica substancial litigiosa. Deve ser ele legitimado à ação, como a pessoa em face de quem o pedido do autor é formulado.

Por isso, não concordamos com a exemplificação de parte da doutrina que indica como falta de legitimação passiva os casos em que a ação penal é ajuizada em face do menor ou de imunidade parlamentar: aqui se falta de interesse-adequação ou de possibilidade jurídica (p. 197-198).

3.4.5 Jurisprudência da área

3.4.5.1 STJ, 3ª Seção. *Divulgação de imagens pedófilo-pornográficas. Competência territorial do local em que ocorreu a divulgação das imagens*

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. PUBLICAÇÃO DE PORNOGRAFIA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. ART. 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. CONSUMAÇÃO DO ILÍCITO. LOCAL DE ONDE EMANARAM AS IMAGENS PEDÓFILO-PORNOGRÁFICAS. 1 - A consumação do ilícito previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocorre no ato de publicação das imagens pedófilo-pornográficas, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores onde tais imagens encontram-se armazenadas, ou a sua efetiva visualização pelos usuários. 2 - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Santa Catarina.

(...)

As condutas típicas investigadas se assemelham àquela descrita no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a definida no art. 218 do Código Penal, tendo em vista que o segundo investigado, além de divulgar fotos contendo pornografia infantil, despertava em menores a concupiscência, por meio de mensagens enviadas através de correio eletrônico. Apesar das condutas encontrarem-se devidamente tipificadas, sendo, portanto, viável o exercício da pretensão punitiva estatal, não existe na doutrina nenhum consenso acerca da competência para a instrução e julgamento dos crimes cometidos através da Internet .

(...)

Nos dias atuais, é cediço que a rede mundial de computadores mostra-se como meio eficaz, se não o mais, a tornar

públicas informações de quaisquer gêneros, e, inclusive, aquelas que a lei penal tipifica como ilícitas, ao aplicar-lhes as respectivas sanções, como é o caso do art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente. É certo, ainda, que tais informações são acessíveis em qualquer parte do mundo em que se disponha de um terminal de computador conectado à referida rede. E é justamente esta diversidade de locais em que a informação pode ser acessada que revela o engessamento das normas de direito processual penal frente às inovações tecnológicas perpetradas pelo homem, ante a dificuldade de identificação do local da consumação do ilícito, como exige a regra geral contida no art. 70 do Código de Processo Penal, para fixação da competência.

(...)

Verifica-se, portanto, que o legislador pretendeu que a competência para a instrução e julgamento do feito fosse fixada no local onde os fatos delituosos se consumaram, por entender que neste as provas poderão ser coletadas com maior precisão e facilidade, com vistas ao princípios da celeridade e economia processual. Diante disso, e das informações constantes dos autos, verifica-se que, ainda que as imagens de conteúdo pedófilo-pornográfico estejam armazenadas no provedor de acesso à rede mundial de computadores, localizado na cidade de São Paulo, sabe-se, é certo, que o responsável pela veiculação de tais imagens, o qual possui autonomia no gerenciamento das informações disponibilizadas no espaço virtual fornecido pelo provedor, encontra-se na cidade de Florianópolis/SC, devendo ali serem praticados os ulteriores atos de investigação e eventual persecução penal, pois nesta localidade é que ocorreu a publicação vedada pelo tipo em apreço. (STJ, 3ª Seção, CC 29886/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12.12.2007, DJ 01.02.2008, p. 1)

3.4.5.2 TJRS, 6ª Câmara Criminal. *Manutenção de casa de prostituição. Atipicidade da conduta com base no princípio da adequação social*

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO E RUFIANISMO. DECISÃO QUE REJEITA A DENÚNCIA POR ATIPICIDADE, EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO FATO, E NÃO RECEBE POR FALTA DE JUSTA CAUSA, EM RELAÇÃO AO SEGUNDO. RECURSO MINISTERIAL QUE BUSCA REFORMA. 1. A manutenção da casa de prostituição, funcionando às claras e com plena ciência da polícia e das autoridades Municipais não configura o crime do art. 229 do Código Penal; É conduta materialmente atípica; Incide o princípio da adequação social. (excerto da decisão de primeiro grau); Precedentes deste Tribunal. 2. A propositura de ação penal exige justa causa, ou seja, prova da materialidade e indícios suficientes da autoria; A tese acusatória que não encontra

base no caderno inquisitorial ou nas peças que a acompanham não deve ser admitida; RECURSO DESPROVIDO.

(...)

Com efeito, é inconcebível que ainda se processe alguém por manter casa de prostituição, fato corriqueiro e amplamente tolerado. E, diga-se, a existência dessas casas é do interesse da própria Comunidade, por lição há muito apreendida. Isto porque, não sendo possível erradicar a prostituição, a sua prática em espaços privados é menos nociva do que em espaços públicos – o famoso *trottoir*. Dos males, o menor. (TJRS, **Apelação Crime Nº 70008872400, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. João Batista Marques Tovo, j. 11.08.2005**).

3.4.5.3 STJ, 5ª Turma. *Manutenção de casa de prostituição. Tipicidade da conduta*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. APELAÇÃO. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TOLERÂNCIA. ATIVIDADE POLICIAL. TIPICIDADE (ART. 229 DO CP). CONCURSO MATERIAL. CONDUTAS DELITUOSAS COM REPERCUSSÃO E CLAMOR PÚBLICO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. “A eventual tolerância ou indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia. O enunciado legal (art. 229 e art. 230) é taxativo e não tolera incrementos jurisprudenciais.” “Os crimes em comento estão gerando grande comoção social, em face da repercussão, existindo uma mobilização nacional de proteção dos menores.” Recurso conhecido e provido.

(...)

“A insurgência merece prosperar. O art. 229 do CP é expresso ao tipificar como infração a conduta de manter,

por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, existindo ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Faz-se mister trazer à baila a lição do renomado penalista Paulo Lúcio Nogueira, quando ressalta que a lei não persegue a prostituição, mas a sua exploração, in verbis: “A prostituição é antiqüíssima e nunca constituiu crime. O que a lei sempre puniu foi o lenocínio, que é atividade acessória ou parasitária da prostituição. Assim, o nosso Código Penal pune cinco figuras de lenocínio : “mediação para satisfazer a lascívia de outrem” (art. 227); “favorecimento da prostituição” (art. 228); “casa de prostituição” (art. 229); “rufianismo” (art. 230) e “tráfico de mulheres” (art. 231)”. (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões Penais Controvertidas*, Ed. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, pp. 230 - Grifei) (STJ, 5ª Turma, RESP 585750/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 10.02.2004, DJ 15.03.2004, p. 295)

3.4.5.4 TJRS, 7ª Câmara Criminal. *Estupro contra menor de 14 anos. Presunção apenas relativa de violência.*

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO. VIOLENÇA FICTA. RELAÇÕES CONSENTIDAS. VÍTIMA COM TREZE ANOS DE IDADE. TIPICIDADE AFASTADA NO CASO CONCRETO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. Discussão que diz respeito à presunção de violência expressa no art. 224, I, do CP. Já entendida como absoluta, hoje deve ser tida como relativa, tendo em vista a realidade social vigente, a qual não pode ser negada pelo operador do direito. Necessidade de busca da interpretação que mais se aproxima dos princípios norteadores do Direito Penal, atentando-se especialmente à necessária ofensividade que a conduta deve oferecer ao bem jurídico penalmente tutelado para que o agente mereça a reprimenda estatal. Considerando-se que o tipo penal no qual em tese teria incidido o réu protege a liberdade sexual, para que se entenda que há tipicidade sem o emprego de violência real ou grave ameaça, deve-se reconhecer que o sujeito passivo que se entregou sexualmente a outrem não possuía o discernimento necessário para de tal forma dispor de seu corpo. Assim, aquela menor com a vida sexual desregada, experiente, que já manteve relações com diversos parceiros e que, como mostra a triste realidade, muitas vezes é entregue à prostituição, tem plenas condições de entender o que significa consentir na prática sexual. Porém, não é apenas o consentimento

nestes casos que determina a atipicidade do fato, a qual também deve ser reconhecida quando aquele é prestado por menina com idade próxima aos quatorze anos de idade que, ainda que não se possa considerar devassa, possui o discernimento necessário em se tratando de temas sexuais, o que se verifica na hipótese dos autos. Caso em que restou incontroverso que réu e vítima mantiveram quatro relações sexuais, todas de forma consentida. Ainda, caracterizado que o envolvimento entre os mesmos era de afeto, indo além do caráter meramente sexual, tendo a ofendida destacado sua intenção de casar com o acusado. Cumpre ressaltar que mesmo que a vítima tivesse pouco acesso às informações do mundo, não se pode presumir seu desconhecimento acerca de sexo, observando-se que ia até a casa do acusado para manter relações sexuais com o mesmo e escondeu sua gravidez até que a genitora passasse a desconfiar de seu comportamento. Neste contexto, é de ser mantido o afastamento da presunção de violência, visto que entendimento contrário iria de encontro à finalidade da norma, que é justamente proteger a liberdade sexual daqueles indivíduos que não possuem a capacidade de validamente dela dispor, o que não se verifica na hipótese dos autos. APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA. (TJRS, 7ª Câmara Criminal, Apelação Crime nº 70019940857, Rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta, j. 08.11.2007)

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 DIREITO CIVIL EM EVOLUÇÃO – PARTE I

4.1.1 Direito civil constitucional: uma nova visão do direito civil – parte I¹

Ana Cristina Alves

Bacharela em Direito pela Faculdade 'Professor Jacy de Assis' da Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduada em Direito Civil. Técnica do Ministério Público de Minas Gerais em São Gotardo.

Sumário: 1. Do Estado Liberal ao Estado Social Constitucionalista. 2. A evolução do Direito Civil: breve histórico. 3. O Direito Civil como ramo do Direito Público Primário.

1 – DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONALISTA

Os séculos XVIII e XIX foram marcados pelas revoluções da liberdade e da igualdade. Ideais trazidos pela Revolução Francesa, têm seus efeitos propagados até os dias atuais, já que mais que simples ruptura com o antigo regime, caracterizaram o início de uma nova história, um novo rumo à raça humana.

O Estado Liberal, fruto dos ideais da Revolução Francesa, nasceu, oficialmente, com o Código de Napoleão, promulgado em 21 de março de 1804. Obra de inquestionável influência em todo o mundo, o Código Civil Francês instituiu o primado do indivíduo, a liberdade contratual fortalecida pela plena autonomia da vontade e o caráter absoluto do direito de propriedade.

O movimento de codificação avançou por toda a Europa, tendo como principal objetivo a proteção do indivíduo frente ao Estado.

Não é difícil entender as razões desse movimento, o qual se estendeu durante quase dois séculos: o Estado Monárquico monopolizou o Poder durante vários séculos, tratando o indivíduo como súdito, sem respeito à sua individualidade e aos seus direitos. A Revolução Francesa trouxe um novo tempo: o tempo de libertação do indivíduo, que agora dispunha de instrumentos de defesa ante os mandos e desmandos do Estado e da Igreja.

No entanto, o século XX trouxe um novo contexto social: a fome, as doenças, o desemprego, a indigência, o analfabetismo, o medo e a insegurança passaram a assombrar a imensa parcela da população que não conseguiu se beneficiar com o êxito da industrialização, dando origem às vítimas da violência social e da opressão do capitalismo desenfreado, produtos de um movimento liberal desestruturado e sem limites.

Em busca de uma solução para os problemas sociais que se expandiam em proporção alarmante, alguns países aderiram, na primeira metade do século XX, a um movimento nascido na União Soviética, mais tarde denominado Revolução da Fraternidade. Um novo pensamento político ensejou a Revolução Soviética, a qual deu origem ao Estado Socialista. De um extremo passou-se a outro: da ditadura da liberdade à ditadura do proletariado, ideologia inaplicável, distante da razão e da realidade.

Tanto o Estado Liberal como o Estado Socialista se fundamentaram em novas e absolutas formas de exercício do poder, com o propósito de manter um sistema econômico criado por meios revolucionários. No entanto, assim como no passado, a não adaptação da técnica à realidade social, acabou por jogar por terra o novo sistema, que mais parecia um livro de romance do que um projeto de governo.

O fracasso do Estado Socialista deu força à construção de um novo Estado Capitalista, que percebeu, na diferença de classes, a necessidade de intervir em alguns setores privados, mantendo, contudo, a integridade dos direitos individuais que haviam sido conquistados após tantos anos de luta.

Nasce o Estado Social, fundado em uma economia de mercado com nova estrutura: mantém-se a livre iniciativa, admitindo-se, porém, o emprego de meios intervencionistas e reguladores sempre que os interesses sociais e coletivos os exigirem.

Não é um retorno ao absolutismo estatal dos séculos XVI e XVII. Não se pretende aniquilar as conquistas do Estado Liberal e da Revolução Francesa. O que ocorre é uma mudança de enfoque, uma nova forma de interpretação da relação Estado-indivíduo: não se deve mais enxergar o Estado como limitador do status de liberdade individual original, mas sim como um agente forte, apto a proteger os interesses coletivos, garantidor do mínimo social e, conseqüentemente, viabilizador de uma justiça distributiva². Isso significa que só existirá liberdade individual se existir justiça social, e para tanto deve o Estado estar presente, já que em uma sociedade de desigualdades só o Estado pode garantir uma igualdade substancial ao proporcionar uma situação equitativa de oportunidades, possibilitando, dessa forma, a fruição efetiva dos direitos decorrentes da liberdade.

É a chamada quarta revolução, que continua em pleno desenvolvimento ainda nos dias atuais. Conhecida como Revolução do Constitucionalismo, tem como bases a liberdade, não a do século XVIII, mas aquela que encontra limites no corpo social; a igualdade, não a formal da Revolução Burguesa, mas aquela que possibilita a todas as pessoas um tratamento isonômico com respeito às peculiaridades de cada um; a fraternidade, não a do Estado Socialista, fundada (ou infundada) na utopia do fim das desigualdades sociais, e sim aquela que busca o respeito aos bens

¹ O presente artigo foi dividido em duas partes para melhor adequação aos padrões da Revista MPMG Jurídico, devendo a parte II ser publicada na edição subsequente.

² Ana Paula de Barcellos. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

e direitos da sociedade como um todo, que coloca, no topo do ordenamento jurídico, social e político, o princípio da supremacia da dignidade da pessoa humana.

O Estado Social do Constitucionalismo deriva do bom senso, das mudanças lentas e pacíficas ocasionadas pelos anseios da sociedade, da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais. É o Estado Social dos direitos fundamentais, concretizador dos direitos, princípios e valores que permitem ao cidadão ser efetivamente livre e viver em uma sociedade igualitária e fraterna.

Não há dúvidas de que todas aquelas etapas, historicamente comprovadas no decorrer de mais de três séculos, serviram como força propulsora e estruturante do atual estágio. O novo modelo Estado-Sociedade estampa uma identidade essencial do Estado com os legítimos interesses do gênero humano. Ultrapassa-se a fronteira da filosofia de direitos, alcançando-se a própria normatividade destes, institucionalizando, num pacto transnacional, o respeito da Humanidade aos direitos fundamentais³.

O Estado Social é a concretização das aspirações de justiça. Os meios intervencionistas empregados pelo Estado para restabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais são, na verdade, instrumentos de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada à função e fruição dos direitos fundamentais.

Nas palavras do emérito professor Paulo Bonavides⁴:

“(...) o Estado Social não é outra coisa senão a concretização dos direitos fundamentais em sua concepção humanística, universalizadora, de teor constitucional mais largo, atada ao estabelecimento e promoção da justiça. Cifrada, por conseguinte, na correção das desigualdades sociais, compagina, ao mesmo passo, os direitos fundamentais de terceira e quarta gerações, a saber, o desenvolvimento e a democracia, respectivamente. Direitos volvidos para a criação de um novo homem e de uma nova Sociedade. Por consequência, encaminhados a um bem mais alto: a caução de dignidade social e material do ser humano (...)”.

2 – A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL: BREVE HISTÓRICO

No século XII os glosadores de Bolonha começaram a estudar o Direito Romano mediante glosas, num fenômeno chamado Recepção do Direito de Roma. A obra de Justiniano, datada dos anos 528 a 533, recebeu o nome de Corpus Iuris Civilis, sendo o Direito Civil identificado ao Direito Romano.

A compilação de Justiniano apresentava, àquela época, normas desatualizadas, em especial as de conteúdo público, já que não eram aplicáveis à sociedade política de então. Entretanto, os textos de conteúdo privado traziam temas atuais, despertando o interesse dos glosadores. Abre-se caminho, a partir desse momento, à identificação, que permanece até os dias atuais, do Direito civil ao Direito privado.

A sociedade medieval do século XII vivia sob o Império Sacro Romano Germânico, restaurado por Carlos Magno como continuação do Império Romano. Tal Império postulava um

único Direito: o Direito Romano, ou Direito civil, que se tornou o direito comum de todos os povos submetidos ao poder daquele Império.

Uma vez perdida a força do Império, em meados do século XIII, o Direito romano deixa de ter o valor de Direito comum, convertendo-se em Direito de princípios tradicionais, do qual vão nascer outros ramos do Direito, em especial, o Direito mercantil.

Na Idade Moderna, frente aos Estados Absolutistas, o Direito romano passa por uma grande crise. Criticam-se as glosas por se tornarem cada vez mais abundantes e, conseqüentemente, contraditórias. Inicia-se a fase de consolidação do Direito nacional, o qual foi denominado “Direito real”. Entretanto, as Universidades e os teóricos não abandonaram o estudo do Direito Civil, associando-o ao Direito nacional. Assim, já não existe mais o Direito romano, mas o Direito nacional com conteúdo civil. Desagrega-se do mesmo todo o conteúdo público, penal, processual e mercantil, os quais têm desenvolvimento autônomo.

A consolidação definitiva do Direito civil, entretanto, só acontece no final do século XVIII com o movimento chamado Codificação. Em 1804 nasce o primeiro Código Civil. O Código de Napoleão, obra de influência indiscutível até os dias atuais, foi o veículo das idéias da Revolução Francesa. Com uma sabedoria admirável, Napoleão soube combinar os princípios tradicionais do Direito romano com as idéias revolucionárias do Liberalismo, dando origem a uma obra que é o principal marco do Direito civil.

O movimento de codificação alcançou praticamente toda a Europa, bem como a América Latina, estendendo-se até os nossos dias.

A codificação consagrou, definitivamente, o caráter privado ao Direito civil: baseou-se em uma afirmação do indivíduo frente ao Estado, assegurando-lhe liberdade para contratar, acompanhada de ampla autonomia da vontade, proteção absoluta à propriedade e à família construída no matrimônio.

No Brasil, desde a proclamação da independência, aspirava-se a elaboração de um Código Civil que viesse a consolidar a unidade política do país.

Em 20 de outubro de 1823 o governo imperial expediu uma Lei determinando a vigência das Ordenações, leis e decretos de Portugal em todo o território nacional, enquanto não se organizasse um novo código.

A Constituição de 1824 referiu-se expressamente à organização de um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases de justiça e equidade (artigo 179, nº 18).

Em 1845 Carvalho Moreira apresentou estudo sobre a revisão geral e codificação das leis civis e de processo.

Augusto Teixeira de Freitas, em 1855, encarregou-se de preparar uma consolidação das leis civis, apresentando seu trabalho em 1858. No ano seguinte, o Ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, atribuiu ao mesmo Teixeira de Freitas o encargo de preparar o projeto do Código Civil, o qual não foi concluído

³ Paulo Bonavides. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa in *Humanismo latino e estado no Brasil*. Ordes Mezzaroba, organizador. Florianópolis: Fundação Boiteux; Fondazione Cassamarca, 2003, pág. 28.

⁴ Idem, pág. 34.

em razão das prolongadas e estereis discussões acirradas pela comissão revisora que havia sido nomeada.

Alguns projetos foram apresentados ao governo, sem, no entanto, obter êxito.

Após a Proclamação da República, o Ministro Campos Salles incumbiu a Coelho Rodrigues a feitura de um novo projeto, o qual também é rejeitado.

Em 1889 Campos Salles solicitou a Clóvis Beviláqua a redação do projeto do Código Civil, o qual foi apresentado nesse mesmo ano. Aprovado pela Câmara dos Deputados em 13 de março de 1902, o projeto sofreu longos anos de estagnação no Senado, voltando à Câmara com 1.736 emendas. Aprovado, o projeto converte-se em lei em 1916, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917.

Nasce o primeiro Código Civil Brasileiro, trazendo em todo o seu texto os ideais do Liberalismo e os princípios do Código francês, bem como os postulados do Direito canônico.

Individualista, patrimonialista e patriarcal: eis as principais características do Código Civil Brasileiro de 1916.

Entretanto, o tempo traz mudanças. A sociedade evolui, os cidadãos mudam a forma de pensar, de agir, de organizar-se. O pós-guerra trouxe um novo contexto social, que em muito se diferencia daquele do Estado Liberal. Os ideais liberais vão sendo substituídos, aos poucos, por ideais sociais, coletivos. A codificação passa por um momento de crise, sufocada pelo surgimento de microsistemas.

Completamente ultrapassado, o Código Civil de 1916 foi substituído por um novo código, vigente desde 11 de janeiro de 2003. Trazendo princípios diversos daqueles citados outrora, o novo Código Civil busca corresponder aos valores e anseios sociais, dando origem a uma nova visão do Direito civil, o qual já não é mais sinônimo de Direito privado.

O Código Civil de 2003 deixa de lado a idéia de que o Direito civil deve se restringir às relações privadas, sem nenhuma referência ao social ou ao coletivo. Traz em seu bojo normas gerais, correspondentes aos princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988. Nasce o Direito Civil Constitucional, em perfeita correlação com o Estado Social Constitucionalista, ou para a grande maioria da doutrina, com o Estado Democrático de Direito.

3 – O DIREITO CIVIL COMO RAMO DO DIREITO PÚBLICO PRIMÁRIO

Muito se tem falado sobre a crise do Direito civil, prevenindo-se até mesmo o seu fim. Entretanto, tal crise não é do Direito civil, mas tão somente daquela velha e ultrapassada classificação entre Direito público e Direito privado.

Para os que concebem o Direito civil como parte integrante e exclusiva do Direito privado, calcado no primado do individualismo, do contratualismo, da propriedade absoluta e da família patriarcal, realmente o Direito civil está em crise.

Para os enxergam o Direito civil como parte de um todo, que é o ordenamento jurídico, onde a Constituição Federal ocupa o ápice, e buscam nele resposta aos ideais da sociedade atual, o Direito civil nunca esteve tão vivo!

A distinção entre Direito privado e Direito público parte da premissa de que o primeiro cuida de interesses particulares, da relação indivíduo-indivíduo, enquanto o segundo trata de interesses gerais, coletivos, retratando a relação Estado-indivíduo.

Entretanto, é uma verdade absoluta que o ordenamento jurídico é uno, não podendo coexistir relações jurídicas diversas. Há que se ter em mente que todas as normas, ainda aquelas que tratam de interesses privados, buscam o que é mais conveniente para o interesse social, celebrando perfeito equilíbrio entre interesses sociais e individuais.

Desde a Constituição de Weimar, a norma fundamental deixou de ser apenas um documento político, fonte exclusiva de Direito público, passando a regular também as relações entre os particulares. Matérias outrora típicas do Direito civil, como direitos da pessoa, propriedade, relações de trabalho, casamento, filiação e direitos sucessórios, encontram atualmente amparo constitucional, concretizando o princípio da unidade do ordenamento jurídico.

Do princípio em tela decorre o princípio da supremacia das normas constitucionais, o qual, como o próprio nome diz, estabelece a superioridade das normas constitucionais sobre todas as outras normas ditas infraconstitucionais. Isso significa que o sistema jurídico é formado por uma relação vertical, devendo todas as normas não constitucionais ter correspondência formal e substancial com as normas constitucionais.

Daí decorre, logicamente, a idéia de que o Código civil, norma infraconstitucional, deve se ater aos princípios e valores estabelecidos na Constituição, o que significa que o chamado “Direito privado” tem suas origens no Direito público primário, o que descaracteriza, de plano, o seu conteúdo exclusivamente privado.

Em seguida há que se analisar o conteúdo das normas civis no atual contexto social, ou seja, o Direito civil no Estado Social Constitucionalista.

A crescente desigualdade social seguida pela escravização do mais fraco pelo mais forte, consequência natural de um liberalismo sem freios, trouxe a necessidade da colaboração estatal para com a sociedade, dando origem ao chamado Direito social. O princípio norteador dessa nova visão jurídica encontra-se na fusão entre o antigo direito público e o direito privado, nos quais a confrontação entre Estado e sociedade tinha encontrado sua expressão clássica. Nasce a idéia de que a Justiça social não decorre de uma intervenção estatal direta, ilimitada, sufocadora da liberdade individual, nem tampouco do livre jogo da autonomia da vontade, característica fundamental do liberalismo exacerbado, mas da cooperação entre grupos sociais e poder público, de forma que este garanta os direitos particulares, desde que estes últimos respeitem a função social, ou seja, é a proteção do privado em um contexto social.

A liberdade contratual, viga mestra do Direito civil, passa por um momento de reformulação, encontrando limites nos princípios constitucionais, em especial no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, já que os valores constitucionais surgem como pressuposto de existência e requisito de validade dos atos civis.

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, princípios expressos na Constituição Federal de 1988, são também carreados ao Direito civil, trazendo à autonomia privada o dever

de respeito à função social do contrato e à boa-fé objetiva, bem como a vedação à onerosidade excessiva, à lesão e ao enriquecimento sem causa.

O novo Direito civil, ou melhor, o verdadeiro Direito civil, visto como parte integrante do ordenamento jurídico constitucional, tem como objetivo precípua a adaptação dos interesses particulares às exigências do bem comum, sendo legítima a

interferência estatal para disciplinar e corrigir a liberdade individual extremada.

Conclui-se, dessa forma, que a missão mais importante do Direito civil atual reside na incorporação dos princípios constitucionais, de forma a expressar a realidade social, sempre atento às necessidades sociais e coletivas como fundamento dos interesses particulares.

BIBLIOGRAFIA

ARCE, Joaquim. VALDÉS, Florez. El derecho civil constitucional. Civitas: Madrid, 1991.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Fernanda Otoni. Sobre o interesse maior da criança. Para além da biologia.. Disponível na home page do Instituto Brasileiro de Direito de Família: www.ibdfam.com.br. Acesso em 15 de novembro de 2003.

BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa in Humanismo latino e estado no Brasil. Ordes Mezzaroba, organizador. Florianópolis: Fundação Boiteux; Fondazione Cassamarca, 2003.

CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

DIAS, Maria Berenice. O novo Código Civil. Texto disponível na home page www.mariaberenice.com.br. Acesso em 23 de outubro de 2003.

DIEZ-PICAZO, Luis. GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade – Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil - Parte Geral. São Paulo, Saraiva, 1999.

MORIONES, Guillermo Suárez. Manual de Derecho Civil. Bogotá: FUAC, 1990.

PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. A disputa da posse. São Paulo: LTr, 1999.

REALE, Miguel. Função social do contrato. Disponível em: www.miguelreale.com.br. Acesso em 25 de setembro de 2004.

SANTOS, José Camacho. O novo código civil brasileiro em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade. Jus navigandi. Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp.id=3344. Acesso em 25 de setembro de 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WIEACKER, Franz. História do Direito privado moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

4.2 LINGUA E LINGUAGEM

4.2.1 A revolução da brevidade



Luís Roberto Barroso

Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School. Doutor e livre-docente pela UERJ. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado.

Toda área do conhecimento humano tem a sua beleza, as suas circunstâncias e as suas dificuldades. O mundo jurídico, tradicionalmente, debate-se com duas vicissitudes: (a) a linguagem empolada e inacessível; e (b) os oradores ou escribas prolixos, que consomem sem dó o tempo alheio. Verdade seja dita, no entanto, o primeiro problema vem sendo superado bravamente: as novas gerações já não falam nem escrevem com a obscuridade de antigamente.

De fato, em outra época, falar difícil era tido como expressão de sabedoria. Chamar autorização do cônjuge de “outorga uxória” ou recurso extraordinário de “irresignação derradeira” era sinal de elevada erudição. Hoje em dia, quem se expressa assim é uma reminiscência jurássica. Nos dias atuais, a virtude está na capacidade de se comunicar com clareza e simplicidade, conquistando o maior número possível de interlocutores. A

linguagem não deve ser um instrumento autoritário de poder, que afaste do debate quem não tenha a chave de acesso a um vocabulário desnecessariamente difícil.

Essa visão mais aberta e democrática do Direito ampliou, significativamente, a interlocução entre juristas e tribunais, de um lado, e a sociedade e os meios de comunicação, de outro. Não se passam dois dias sem que a notícia de algum julgado importante esteja nas primeiras páginas dos jornais. Pois agora que finalmente conseguimos nos comunicar com o mundo, depois de séculos falando para nós mesmos, está na hora de fazermos outra revolução: a da brevidade, da concisão, da objetividade. Precisamos deixar de escrever e de falar além da conta. Temos de ser menos chatos.

Conta-se que George Washington fez o menor discurso de posse na presidência dos Estados Unidos, com 133 palavras. William Harrison fez o maior, com 8.433, num dia frio e tempestuoso em Washington. Harrison morreu um mês depois, de uma gripe severíssima que contraiu naquela noite. Se não foi uma

maldição, serve ao menos como advertência aos expositores que se alongam demais. Tenho duas sugestões na matéria.

A primeira importa em cortar na própria carne. Petições de advogados devem ter um limite máximo de páginas. Pelo menos as idéias centrais e o pedido têm que caber em algo assim como vinte laudas. Se houver mais a ser dito, deve ser junto como anexo e não no corpo principal da peça. Aliás, postulação que não possa ser formulada nesse número de páginas dificilmente será portadora de bom direito. Einstein gastou uma página para expor a teoria da relatividade. É a qualidade do argumento e não o volume de palavras que faz a diferença.

A segunda sugestão corta em carne alheia. A leitura de votos extremamente longos, ainda quando possa trazer grande proveito intelectual para quem os ouve, torna os tribunais disfuncionais. Com o respeito e o apreço devidos e merecidos – e a declaração é sincera, e não retórica –, isso é especialmente verdadeiro em relação ao Supremo Tribunal Federal. Registro, para espantar qualquer intriga, que o tribunal, sob a Constituição de 1988, vive um momento de virtuosa ascensão institucional, com sua composição marcada pela elevada qualificação técnica e

pelo pluralismo. Todos os meus sentimentos, portanto, são bons, e o comentário tem natureza construtiva.

O fato é que, nas sessões plenárias, muitas vezes o dia de trabalho é inteiramente consumido com a leitura de um único voto. E a pauta se acumula. E o pior: como qualquer neurocientista poderá confirmar, depois de certo tempo de exposição, os interlocutores perdem a capacidade de concentração e a leitura acaba sendo para si próprio. Não há problema em que a versão escrita do voto seja analítica. A complexidade das questões decididas pode exigir tal aprofundamento. Mas a leitura em sessão deveria resumir-se a vinte ou trinta minutos, com uma síntese dos principais argumentos. Ou, em linguagem futebolística, um compacto com os melhores momentos.

A revolução da brevidade tornará o mundo jurídico mais interessante e a vida de todos nós muito melhor. Quem sabe um dia não chegaremos à capacidade de síntese do aluno a quem a professora determinou que escrevesse uma redação sobre “religião, sexo e nobreza”, mas que fosse breve. Seguindo a orientação, o jovem produziu o seguinte primor de concisão: “Ai meu Deus, como é bom, disse a princesa ainda ofegante”.

4.3 ANÁLISE CRÍTICA

4.3.1 A defesa da sociedade está fora de moda?



Alessandro Garcia Silva

Hodiernamente, o direito constitucional à segurança pública, consagrado nos art. 5º, *caput* e art. 144 da *Lex Legum*, encontra-se, praticamente, adormecido no texto constitucional, olvidado por badalados juristas e de um modo geral ignorado pelos operadores do Direito.

O atual abismo existente entre o sistema jurídico penal e a segurança pública na verdade é um mantra idealizado e propalado, diuturnamente, pelos doutrinadores da moda, que verberam, ferrosamente, que ao direito penal

não cabe resolver o problema da segurança pública, nem mesmo contribuir para tanto, sendo essa uma tarefa exclusiva do poder executivo através da implementação de políticas públicas.

Na verdade, as políticas públicas na área de segurança pública e um direito penal efetivo e realmente intimidativo não se repelem, mas ao contrário, coexistem e se complementam indissociavelmente na tarefa de prevenir e reprimir a prática de infrações penais.

Alessandro Garcia Silva

Promotor de Justiça de Bonfim-MG
Conselheiro Fiscal da AMMP

Nessa direção perfila-se a doutrina autorizada:

“A *segurança pública* consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. ***Na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas***”.¹
– (original sem grifos)

Convém alinhar que a ineficácia social e jurídica deste postulado constitucional tem origem na demasiada maximização dos direitos e garantias individuais penais levada a cabo por uma interpretação jurídica-laxista de grande parte dos operadores do Direito.

A priori, como pedra de toque do raciocínio a ser desenvolvido impõe-se a definição do laxismo penal que infelizmente vem encontrando terreno fértil na *praxis* judiciária. *In verbis*:

“**1. Laxismo penal:** tendência a propor a) solução absoluta, mesmo quando as evidências do processo apontem na direção oposta, ou b) punição benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do condenado, tudo sob o pretexto de que, vítima do fatalismo socioeconômico, o delinqüente sujeita-se, quando muito a reprimenda simbólica”.²

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Malheiros, 22ª edição, 2003, pág. 754.

² DIP, Ricardo e MORAES JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de. *Crime e Castigo – Reflexões politicamente incorretas*, Editora Millennium, 2ª edição, 2002, pág. 02.

Ressalte-se, por fundamental que o discurso entoado em favor da sociedade, não vem encontrando eco no meio jurídico e ao contrário, sempre que algum aplicador do Direito, se insurge contra a benevolência para com a criminalidade, é automaticamente rotulado pelos penalistas *fashion* de verdugo e reacionário.

As arbitrariedades e violências cometidas no período de exceção inspiraram o legislador constituinte na formação da Carta Magna de 1988 erigindo uma série de direitos e garantias individuais justamente para aplacar as indevidas injunções estatais na esfera de liberdade do cidadão.

No entanto, numa linguagem coloquial como diriam os nossos avós, no alto da sabedoria amalhada com anos de vida, “nem oito, nem oitenta”. Assim, sob a égide de defender o *status libertatis* não podemos inviabilizar o poder estatal de punir ou torná-lo uma *capitis diminutio*, “demonizando” o processo penal transformando-o, sob a ótica de muitos penalistas “modernos”, em um instrumento do furor persecutório do Estado-*Leviatã*.

Dessa forma, ultimamente, *venia permissa*, nos deparamos com interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que causam espanto não só pela criatividade e conteúdo laxista, mas acima de tudo pelo descompromisso total com a vítima do crime e com a sociedade em geral.

Nesse sentido, a guisa de ilustração seguem alguns exemplos:

1. O STF já decidiu que não é crime o cidadão portar arma de fogo desmuniçada por entender que a arma de fogo descarregada não representa perigo concreto à incolumidade pública, sendo, pois, atípica a conduta.

2. Em respeitável doutrina sustenta-se que a reincidência real não deve ser considerada agravante na exasperação da pena, mas sim atenuante, uma vez que a sociedade falhou no seu dever de ressocializar o criminoso.³

3. Os Tribunais pátrios vêm entendendo que a Lei n. 11.464/2007 que instituiu a progressão de regime penitenciário nos crimes hediondos somente tem eficácia prospectiva não atingindo situações pretéritas por ser considerada *novatio legis in pejus*, não obstante, a vedação legal até então vigente (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8072/90), que diga-se de passagem não fora abrogada e nem mesmo declarada inconstitucional por controle concentrado, mas tão somente *incidenter tantum* pela via difusa.

4. Outro festejado jurista repele a eficácia objetiva da representação nos crimes de ação penal pública condicionada exigindo a individualização de todos os co-autores⁴ e bem como sustenta uma posição inusitada na interpretação do art. 217 do CPP, quando, preleciona: “Retirada do réu da sala (art. 217 do

CPP): se dá quando o réu por sua atitude possa influenciar no ânimo da testemunha. Exige-se *atitude* irregular do acusado. Na prática, como se sabe, o juiz muitas vezes nem espera o réu entrar na sala de audiências. Já o impede de nela ingressar. Isso não é o que consta da lei. Cuida-se de ilegalidade patente”⁵.

5. Outrossim, vem encontrando guarida entre muitos cultores do Direito e majoritariamente nos pretórios que inúmeros inquéritos instaurados e processos criminais em andamento, diversas absolvições por insuficiência de provas e prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes não são considerados como “maus antecedentes”, mas tão somente com tal qualificativo aceitam-se as *condenações criminais* que não constituam reincidência.

6. Por outro lado há autores que sustentam a *impunidade da tentativa de crime sempre que praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa*⁶ ou mesma a desqualificação da hediondez do crime tentado previsto no rol da Lei n. 8.072/90.⁷

7. Por fim, urge destacar o enunciado 98, editado pelo Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) que preceitua: “Os crimes previstos nos arts. 309 e 310 da Lei n. 9503/1997 são de perigo concreto”⁸, muito embora, a conduta de quem confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada (art. 310 do CTB), ao contrário do que ocorre com o delito do art. 309, prescinde do exame de qualquer perigo concreto resultante da ação incriminada, bastando, *ipso facto*, a entrega pura e simples à pessoa não habilitada para configurar o crime.

8. O delito de trânsito de fuga à responsabilidade previsto no art. 305 da Lê n. 9.503/97 é inconstitucional por violar o princípio *nemo tenetur se detegere*.⁹

9. O projeto de lei acerca do monitoramento eletrônico de presos que tramita no Congresso Nacional nem foi aprovado, mas já foi criticado de maneira veemente pelo presidente nacional da OAB, Cezar Britto que entende que o monitoramento fere os princípios da intimidade e da privacidade e contraria o direito constitucional de ir e vir das pessoas, ainda que condenadas. “Hoje, é uma pulseira eletrônica; amanhã, um chip. Depois, se estende para as crianças, para os adolescentes e, por fim, passaremos a viver num lugar Big Brother, com todo mundo sendo vigiado pelo Grande Irmão onipotente e onipresente.”¹⁰

Nestes nove tópicos abordam-se diversos temas e encontram-se consolidados os mais variados entendimentos sobre o sistema jurídico penal, entretanto, todos tem um fim comum, ou seja, de algum modo afastar ou mitigar o *ius puniendi* estatal contribuindo ainda mais com a impunidade no corpo social. E como nos ensina festejado autor a *impunidade é o maior estímulo do delinqüente*.¹¹

³ Juarez Cirino dos Santos apud FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*, Editora Forense, 2004, pág. 107.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*, Volume 6, Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 97, *in fine*.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Ob. cit.*, pág. 208/209.

⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*, Editora Saraiva, 3ª edição, 2006, pág. 263.

⁷ MARQUES, Tarcísio. *Uma reflexão sobre os crimes hediondos na modalidade da “conatus”*. Artigo publicado na Revista MPMG –Jurídico, Ano II, n.09, abril/maio/junho de 2007, pág. 46.

⁸ Extraído do sítio virtual: www.fonaje.org.br/2006/, acesso em 30 de março de 2008, 1h10m

⁹ BATTAGLIA, Anna Flavia Lehman, *Crime de fuga à responsabilidade – incompatibilidade com a garantia constitucional ao silêncio*, Artigo publicado na Revista MPMG –Jurídico, Ano II, n.09, abril/maio/junho de 2007, pág. 62.

¹⁰ Extraído do sítio virtual *Consultor Jurídico*: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/54241,1>, acesso em 30 de março de 2008 às 22h14m

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Questões Criminais Controvertidas*. Editora Saraiva, 1999, pág. 684.

Deflui-se, do exposto que são tantos os obstáculos, filigranas e querelas opostos a *persecutio criminis in judicio*, que dá a impressão que na esfera processual penal o Estado-acusador goza de presunção de má-fé e o acusado é uma personagem *kafkaniana*, perseguida implacavelmente.

Faz-se necessário vislumbrar que a crítica alinhavada não tem o objetivo de questionar a validade ou mesmo a excelência nos raciocínios jurídicos expendidos nos itens anteriores, mas tem por escopo, primordialmente, buscar uma mudança urgente de paradigma na interpretação doutrinária e jurisprudencial do direito penal e processual penal.

Esta mudança deve ser direcionada na efetiva tutela penal da sociedade, punindo-se, eficazmente, os crimes de pobres e ricos, na visão maniqueísta do eminente colega e professor Marcelo Cunha de Araújo¹², mas não simplesmente deixar de puni-los com pomposas construções doutrinárias importadas da Europa e livremente adaptadas ao nosso ordenamento jurídico.

Releva destacar que os notáveis juriconsultos que vão abeberar-se nessas inestimáveis fontes europeias assimilam e introduzem no cenário jurídico nacional somente o que lhes convém, ou seja, soluções absolutórias ou abolicionistas, sempre sob o pálio de um direito penal mínimo distorcido, mas nunca uma medida penal mais rigorosa na prevenção e repressão do crime ou mesmo na criação de mecanismos mais eficazes de proteção da vítima e reparação do dano causado pelo crime.

A esse propósito elucida insigne autor:

“Em suma, em primeiro enquadramento, a norma penal brasileira é mais afável, atualmente, no trato com o crime, se feita uma análise global. Aliás, tomando-se como base o homicídio verifica-se que o único país que se assemelha ao Brasil na fixação da pena em abstrato é Portugal (sem contar que este possui a pena relativamente indeterminada, para o criminoso perigoso). **Todos os outros possuem penas severas, muitos deles de prisão perpétua para quem tira dolosamente a vida de outrem**”.¹³ (grifo nosso)

Daí surge a indagação será que na França, berço das liberdades públicas, um preso condenado a uma pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos de prisão, teria durante o cumprimento da pena um direito a saída temporária, nos moldes do disposto no art. 122 e 123 da Lei de Execução Penal Brasileira, ou seja, regime semi-aberto e cumprimento de 1/6 da pena, se primário ou ¼, se reincidente? A resposta é negativa, pois existe um período de segurança durante o cumprimento da pena privativa de liberdade onde é proibida a concessão **de qualquer benefício de execução penal**, sem que se cumpra, nessa hipótese, pelo menos **metade da *sanctio juris concretizada***, no caso 5 (cinco) anos, para se avaliar a possibilidade de concessão de **qualquer** benefício.¹⁴

Por outro lado, na Espanha, um indivíduo, primário e de bons antecedentes, que embriagado na condução imprudente de um veículo automotor atropela e mata uma pessoa, além de

severa pena privativa de liberdade pode sofrer uma pena acessória de **privação de conduzir veículo por até 15 anos**.¹⁵ No Brasil, nas mesmas circunstâncias, o agente, na maioria das vezes, por responder por crime culposo (art. 302 do CTB), além de se livrar do cárcere em razão da possibilidade de pena alternativa sofrerá uma suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor no máximo de 5 (cinco) anos, conforme preceitua o art. 293 do CTB.

Do exposto surgem as seguintes indagações: os exemplos europeus citados são retrógrados? Eles têm o condão de incutir o temor a potenciais delinquentes? Tais medidas penais, dentro de seus limites, combatem a impunidade no seio da sociedade? Porque não adotá-los em nossas paragens? Certamente, alguém aparecerá dizendo que é inconstitucional!

Por outro lado, surge uma luz no fim do túnel através de significativas reações doutrinárias, inclusive respaldadas pelo Supremo Sodalício como a adoção do princípio da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), vertente do princípio da proporcionalidade de origem nitidamente germânica.

Com efeito, o Estado ao se comprometer com a tutela penal de determinados bens jurídicos, quais sejam, vida, liberdade, propriedade, honra, segurança etc. carrega para si o ônus de fazê-lo obrigatoriamente da melhor maneira possível.

Nesse diapasão alumiam juristas de escol:

[...] a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*)”.¹⁶

“Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição de excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção penal desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos”.¹⁷

Em linhas gerais, a sociedade espera ante a proteção constitucional anunciada, no âmbito criminal, uma resposta penal adequada que, exemplificativamente (**item 7, supra et supra**), reprima o crime-meio (v.g., art. 310 do CTB) para evitar-se um mal maior, o crime-fim (e.g., art. 302 do CTB), ou seja, uma “*proteção horizontal*” -, no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor “segurança”, garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor “justiça”, assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo “*princípio da infra-proteção*”, toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade”.¹⁸

¹² ARAÚJO, Marcelo Cunha de Araújo. *O Direito Penal como sistema mantenedor do “status quo”*. Artigo publicado na Revista MPMG –Jurídico, Ano II, n.09, abril/maio/junho de 2007, pág. 64/65.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*, Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 97/98.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *Ob. cit.*, pág. 114.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, *Ob. cit.*, pág. 119.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 1ª edição, 2007, pág. 323.

¹⁷ QUEIROZ, Paulo. *Ob. cit.* Pág. 45

¹⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*, Editora Saraiva, 2ª edição, 2007, pág. 64.

Dessa forma, pugnamos além da indispensável alteração paradigmática nos moldes suscitados que os operadores do Direito, em especial, aos membros do Ministério Público (Federal e Estadual) postulem a aplicação do referido princípio, inclusive, através de prequestionamentos, em recursos extraordinários, e ao Poder Judiciário, que igualmente encampe este postulado na formulação da norma jurídica concreta.

Nessa direção converge a *communis opinio doctorum*:

“Note-se que ambas as modalidades do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição da proteção deficiente) se aplicam não somente à criação da

lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Legislativo), mas também à aplicação da lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Judiciário). Uma das conseqüências, a nosso sentir, da violação do princípio da proporcionalidade em qualquer de suas vertentes é a possibilidade não somente por parte da parte prejudicada, de sustentar a nulidade do ato judicial (ou inconstitucionalidade da lei aprovada pelo Legislativo) viciado por meio de recursos ordinários, **como pré-questionar a violação da Constituição Federal, podendo fundamentar e interpor até mesmo recurso extraordinário**, socorrendo-se assim do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal”.¹⁹ (grifo nosso)

¹⁹ BONFIM, Edilson Mougenot, *Ob. cit.*, pág. 64.

4.4 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.4.1 Dano moral coletivo e compensação ambiental

Júlia Morais Garcia

Acadêmica de Direito pela Universidade de Itaúna
Estagiária do Ministério Público



Júlia Morais Garcia

Não é fácil conceituar dano ambiental, isto porque a Constituição Federal não determina o conceito de meio ambiente, causando dificuldades em caracterizar o que lhe causa dano.

Portanto, para se chegar ao conceito de dano ambiental, o intérprete da lei deve se ater aos elementos caracterizadores do meio ambiente e, por outro, lado levar em conta os conceitos de poluição e de degradação ambiental.

Neste sentido, Édis Milaré nos dá o conceito: “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”.¹

O dano ambiental pode ser subdividido em dano patrimonial, que consiste no dano a bens materiais e que o valor a ser indenizado é de fácil constatação; e dano extrapatrimonial ou moral que é aquele que afeta bens imateriais da coletividade ou do indivíduo, sendo de difícil valoração.

Interessa, tão somente, o dano moral no seu aspecto objetivo, em que o dano atinge os interesses difusos, não recaindo sobre a esfera íntima do indivíduo.

O dano moral afeta o meio ambiente, sendo ele a própria vítima do dano, causando uma perda da qualidade de vida das presentes gerações e um comprometimento da qualidade de vida das futuras gerações, sejam elas humanas ou não. Portanto, sendo o meio ambiente o próprio lesado, muitas das vezes é impossível o seu retorno ao *status quo* ante, utilizando, nestes casos, a compensação ambiental.

Diante do anteriormente dito, a compensação ambiental consiste na reparação pecuniária do bem lesado ou a substituição por outro quando não for mais possível o seu reestabelecimento. Apesar do ordenamento jurídico brasileiro dar preferência à reintegração do bem lesado, na maioria das vezes, isto não é possível, sendo a compensação a única forma de minimizar a lesão.

A compensação só ocorre depois da realização do ato lesivo, o que não afasta a incidência do princípio ambiental da prevenção, pois seria muito vantajoso, principalmente para as grandes empresas poluidoras realizarem o ato lesivo e, posteriormente, pagarem por isso, iniciando um círculo vicioso de nefastas conseqüências ambientais.

Como o ambiente lesado nunca será reconstruído ao *status quo* ante, a compensação é de difícil determinação, sendo que ela é mais simbólica do que real, além do que os bens materiais não são suscetíveis de valoração econômica, dificultando ainda mais a tarefa de quantificar a lesão.

O valor pecuniária a ser pago em decorrência da compensação é destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos,

¹ Miralé, Édis. *Direito do Ambiente*. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

pois o dano moral coletivo possui dimensão difusa e indenizar cada indivíduo seria particularizar um bem que não é particular. Bem como não pode pertencer ao Estado, pois o meio ambiente não lhe pertence.

O valor pago ao fundo tem como objetivo a recuperação do local lesado pelo dano e a minimização da perda da qualidade de vida da sociedade que vive em torno do ambiente afetado.

Tendo em vista a grande importância do meio ambiente para toda a humanidade e a crescente preocupação com os danos ambientais e com os impactos por estes causados, a compensação ambiental é medida de grande relevância para se minimizarem os estragos realizados pelas atitudes humanas, uma vez que, além das funções reparatória, pedagógica e punitiva, apresenta natureza de importante instrumento destinado a incentivar a não ocorrência de novas lesões.

4.5 MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE

4.5.1 As listas de merecimento e o eterno consecutivo

William Garcia Pinto Coelho

Promotor de Justiça

Ministério Público de Minas Gerais

Resumo: O Ministério Público deve tratar de forma exemplar as questões administrativas internas, constituindo o delineamento da movimentação na carreira pelo critério do merecimento um desafio. O Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais incluiu no enunciado de Súmulas matéria relativa à consecutividade de listas de merecimento. O item 6, do enunciado 21 é inconstitucional, por violação de normas-regra constitucionais de movimentação na carreira, que não se prestam à indevida flexibilização empreendida pelo enunciado, devendo ser cancelado mediante atividade de autotutela administrativa.

Sumário: 1 Penélope e o provimento derivado na carreira do Ministério Público pelo critério do merecimento 2 Enunciado 21 do Conselho Superior do Ministério Público e o privilégio do eterno consecutivo 3 Filtragem constitucional do Enunciado 21 do Conselho Superior do Ministério Público 4 Conclusões – Referências Bibliográficas.

1 Penélope e o provimento derivado na carreira do Ministério Público pelo critério do merecimento

Seguramente, o Ministério Público foi uma das instituições mais fortalecidas e prestigiadas com a promulgação da Constituição da República de 1988, sem paralelo à época no direito comparado¹, constituindo suas garantias e atribuições cláusulas superconstitucionais².

Entendido o Ministério Público como verdadeiro “órgão de direta extração constitucional, agente de transformação social”³, é imperiosa a busca de legitimação social da instituição, inclusive mediante a otimização do tratamento das questões administrativas interna corporis, eis que na dicção filosófica de Sêneca, “o exemplo convence-nos mais do que as palavras”.

Ao contrário do provimento originário no cargo de Promotor de Justiça, que já alcançou razoável sedimentação com a obrigatoriedade do concurso público⁴, o delineamento do provimento derivado através da promoção e remoção dos membros do Ministério Público pelo critério do merecimento constitui verdadeiro desafio institucional.

Sem embargo dos indiscutíveis avanços dos últimos anos, tal como a tessitura de Penélope, que se faz e refaz, revisitando sempre os mesmos pontos, a questão ainda deve ser (re)discutida com seriedade.

2 Enunciado 21 do Conselho Superior do Ministério Público e o privilégio do eterno consecutivo

Visando ao aperfeiçoamento institucional, o Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais incluiu nos enunciados de súmulas questões afetas à movimentação na carreira⁵.

Consta no item 6, do enunciado 21: “o candidato remanescente que venha a se inscrever⁶ em todas as listas formadas e que não tenha o seu nome apreciado em razão de critérios de preferência constitucional não perderá a sua consecutividade”.

Como se depreende de uma análise atenta de recentes precedentes do Conselho Superior do Ministério Público mineiro, a aplicação referido enunciado acarreta situações inusitadas, conferindo odioso privilégio ao candidato que não preenche requisitos constitucionais, em detrimento daqueles que os preenchem, eis que reconhece consecutividade de listas de merecimento em casos que, a rigor, haveria alternância.

A pretendida elasticidade do conceito constitucional de listas consecutivas pode redundar em indevida blindagem na consecutividade de candidato que ostenta situação menos privilegiada, criando a exótica figura do eterno consecutivo.

Recorrendo à eloquência do exemplo, suponhamos que

¹ Conforme enfatizado pelo ex Procurador-Geral da República e ex Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, “um tratamento constitucional de riqueza inédita, em termos de abrangência e densidade normativa, no Brasil e alhures, seja sob o prisma da organização e da autonomia da instituição em relação aos Poderes do Estado, seja sob o estatuto básico das garantias e das atribuições dos seus órgãos de atuação” (v. STF, MS 21.239, 05.06.1991, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, RTJ 147/104, 129)

² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais*. In: MPMG Jurídico, 8, p. 10-17.

³ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *O Ministério Público e o estado democrático de direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007. p. 71.

⁴ Artigos 37, inciso II, e 129, § 3º, da Constituição da República.

⁵ Art. 57 RICSMP

⁶ A rigor, na dicção do artigo 22 do Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público, o ato de inscrição do candidato refere-se à “vaga existente na carreira do Ministério Público” e não às listas.

se inscrevam para remoção ou promoção pelo critério do merecimento cinco candidatos remanescentes de listas anteriormente formadas, sendo que apenas quatro ostentam dois anos de exercício na entrância e integram a primeira quinta parte da lista de antiguidade. Três candidatos que preenchem os pressupostos constitucionais comporiam a lista. O quarto candidato que preenche os pressupostos constitucionais não comporia lista e perderia eventual consecutividade das listas anteriores. Por outro lado, o quinto candidato que não preenche os pressupostos constitucionais, também não comporia a lista, entretanto, segundo consta no enunciado 21, manteria eventual consecutividade das listas anteriores, eis que teria sido preterido por critérios de preferência constitucional.

Se no momento da formação da lista, o preenchimento dos pressupostos constitucionais acarreta a preferência do candidato, num segundo momento ocasiona situação desprivilegiada, com a perda da consecutividade. Já o candidato que não preenche os pressupostos constitucionais, apesar de ser preterido na formação da lista, paradoxalmente é beneficiado com a manutenção da consecutividade.

3 Filtragem constitucional do Enunciado 21 do Conselho Superior do Ministério Público

Com a superação do positivismo legalista e a ascensão da idéia de que a Constituição ostenta força normativa⁷, o fenômeno da filtragem constitucional propõe que as normas constitucionais se irradiem por todo o ordenamento jurídico, revisitando institutos e fixando novos paradigmas para a hermenêutica jurídica. A Constituição passa a “funcionar como a lente, o filtro através do qual se deve olhar para o Direito de uma maneira geral”⁸.

Neste diapasão, propõe-se a filtragem constitucional da assertiva formulada no item 6, do enunciado ora analisado, sobretudo à luz das normas constitucionais do artigo 93, inciso II, alíneas a e b, da Constituição⁹.

Inicialmente, cumpre investigar a aplicação prática da expressão “critérios de preferência constitucional” e a sua verdadeira extensão. Os precedentes do Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais apontam três critérios de preferência constitucional, quais sejam, a) dois anos de exercício na respectiva entrância; b) integrar a quinta parte da lista de antiguidade; c) vitaliciedade.

Entretanto, a rigor, apenas os dois primeiros critérios, chamados de cláusulas de barreira¹⁰, ostentam natureza de pressupostos constitucionais para o provimento derivado pelo critério do merecimento na carreira do Ministério Público. Isto porque consta no artigo 93, inciso II, alínea b, da Constituição¹¹ que “a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade”.

A vitaliciedade, por seu turno, alcançada após dois anos de exercício, tem natureza de garantia constitucional outorgada aos membros do parquet, “estritamente vinculada à relevância das funções que lhe foram atribuídas e à necessidade de assegurar a independência de seu exercício”¹².

Não é legítimo pretender inovar na criação de mais um “critério de preferência constitucional”, identificando o vitaliciamento como um tertium genus, não previsto nos dispositivos constitucionais que tratam da movimentação na carreira pelo critério do merecimento.

Identificados os “critérios de preferência constitucional”, cumpre analisar o termo “consecutividade” constante no enunciado.

O artigo 93, inciso II, alínea a, da Constituição¹³ determina a obrigatoriedade do provimento derivado pelo critério do merecimento quando o candidato “figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento”.

Objetivando superar as vicissitudes do positivismo legalista, STRECK¹⁴ propõe mudança de paradigmas hermenêuticos, afirmando que “para interpretar, necessitamos compreender”. Na hipótese, a (pre)compreensão da expressão “listas consecutivas” estampada na Constituição deve ser realizada cum grano salis, para adequada aferição da conformidade do enunciado.

Destarte, diz-se consecutivo aquele que segue outro, que é imediato, consequente¹⁵. Neste diapasão, é inequívoco o preceito constitucional no sentido de que somente é obrigatória a promoção ou remoção daquele que figure por três vezes consecutivas em lista de merecimento, ou seja, em três listas que se seguem imediatamente, uma após a outra, lista após lista, sem intervalos. Identificado qualquer intervalo, há alternância, não consecutividade.

O conceito de listas consecutivas é unívoco, não se presta

⁷ “A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de lhes dar aplicabilidade direta e imediata.” (BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: Temas de direito constitucional – tomo III/Luis Roberto Barroso – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.4). Sobre o conceito de *força normativa*, v. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1991. (trata-se de aula inaugural proferida por Konrad Hesse na Universidade de Freiburg em 1959).

⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito*. In: Temas de direito constitucional. tomo III/Luis Roberto Barroso – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 509.

⁹ Aplicáveis ao Ministério Público por força do artigo 129, § 4º, da Constituição da República.

¹⁰ A consagração das referidas cláusulas de barreira constituem conquistas históricas da magistratura nacional com vistas ao aperfeiçoamento da movimentação na carreira.

¹¹ Semelhante previsão na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 61, inciso IV, da Lei nº 8.625/93), na Lei Orgânica do Ministério Público da União (artigo 200, § 1º, da LC nº 75/93) e na Lei de organização do Ministério Público de Minas Gerais (art. 187 e 193 da LC Estadual nº 34/93).

¹² GARCIA, Emerson. *Ministério público - organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005. p. 437.

¹³ Idêntica previsão Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 61, inciso III, da Lei nº 8.625/93), na Lei Orgânica do Ministério Público da União (artigo 200, § 3º, da LC nº 75/93), na Lei de organização do Ministério Público de Minas Gerais (art. 190 e 193 da LC Estadual nº 34/93) e no artigo 2º, parágrafo único da Resolução CNMP nº 02/2005.

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 6.

¹⁵ CONSECUTIVO. In: Novo Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa versão 5.0.

à multiplicidade de sentidos e não comporta exceções, não sendo possível ampliar-lhe o alcance, sob pena de esvaziamento do comando constitucional.

Oportuno recordar classificação das normas constitucionais em normas-princípio e normas-regra. As normas-princípio, verdadeiros mandados de otimização em favor de certos interesses, contêm relatos de maior grau de abstração e generalidade, ostentando dimensão de peso¹⁶, podendo ser objeto de lei da ponderação de interesses no caso concreto¹⁷. Já as normas-regra, menos abstratas e com maior densidade normativa e especificidade, relatam hipóteses do que é obrigatório, permitido ou proibido e, por isso, prestam-se à subsunção, operando-se na lógica do tudo ou nada (ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida), com limitado espaço para ponderação. Neste sentido, conclui BARROSO¹⁸ acerca do perfil hermenêutico das normas-regras:

“embora a atividade do interprete jamais possa ser qualificada como mecânica – pois cabe a ele dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real –, a aplicação de uma regra normalmente não envolverá um processo de racionalização mais sofisticado.”

É o que ocorre com a interpretação do artigo 93, inciso II, alínea a, da Constituição, entendido como norma-regra constitucional. Não se objetiva o apego à interpretação literal, mas o reconhecimento de que a compreensão gramatical, sobretudo no caso de normas-regra, deve servir de ponto de partida e de limite para a atividade do hermeneuta. O significado do vocábulo consecutivo não se presta à multiplicidade de sentidos. Na interpretação não é legítimo esvaziar o conteúdo semântico, sob pena de usurpação do poder constituinte. Consecutivo é consecutivo, não há espaço para valoração do intérprete.

A interpretação extensiva não pode ser empregada, porquanto se destina a permitir a aplicação de uma norma a circunstâncias, fatos e situações que não estão previstos, ao argumento de que a lei teria dito menos do que gostaria (*lex dixit minus quam voluit*). No caso, a posição de antagonismo semântico entre os termos consecutivo e alternado previstos na regra constitucional complementam o raciocínio da identificação da *mens legis*, afastando a possibilidade de excepcionar ou alargar a consecutividade, sob pena de esvaziar a alternância.

Impossível, ainda, dar-se interpretação conforme a Constituição, eis que tal técnica só é aplicável quando a norma admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que se compatibilize com a Constituição, e não quando o sentido do texto constitucional é unívoco.

Assim, não bastasse o extravasamento do espaço hermenêutico, com a criação de um *tertium genus* não previsto nas disposições constitucionais (vitaliciedade), o indevido alargamento da norma-regra que prevê as listas consecutivas, macula o item 6, do enunciado 21, da súmula do Conselho Superior de

insuperável inconstitucionalidade.

Com efeito, considerando que o enunciado ostenta natureza jurídica de ato administrativo, submetido a arcabouço jurídico específico, identificada a sua inconstitucionalidade, incumbe ao Conselho Superior do Ministério Público proceder ao seu cancelamento, na dicção do artigo 57, § 4º, do RICSMP. Inteligência do princípio da autotutela da administração pública¹⁹. Aliás, conforme lição de CARVALHO FILHO²⁰, “não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada”.

4 Conclusões

1. O Ministério Público foi uma das instituições mais fortalecidas com a promulgação da Constituição da República de 1988, devendo servir de exemplo no tratamento das questões administrativas internas.

2. O delineamento do provimento derivado na carreira do Ministério Público pelo critério do merecimento constitui desafio institucional, devendo ser objeto de filtragem constitucional.

3. A Constituição da República prevê dois pressupostos para o provimento derivado pelo critério do merecimento, quais sejam, dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar a primeira quinta parte da lista de antiguidade, não sendo legítimo inovar com um *tertium genus*, apontando a vitaliciedade como critério de preferência constitucional no merecimento.

4. O item 6, do enunciado 21 de Súmulas do Conselho Superior enseja situação paradoxal, estabelecendo regra que pode privilegiar indevidamente candidato à promoção ou remoção pelo critério do merecimento que não preenche os pressupostos constitucionais, criando a figura do eterno consecutivo.

5. A obrigatoriedade de promoção pelo critério do merecimento quando o candidato figure em três listas consecutivas têm natureza jurídica de norma-regra constitucional, sendo a expressão listas consecutivas unívoca, incidindo na forma do tudo ou nada, não ostentando dimensão de peso para valoração do intérprete.

6. A ampliação da consecutividade de listas pelo enunciado do Conselho Superior do Ministério Público é inconstitucional, eis que esvazia a distinção entre consecutividade e a alternância, flexibilizando norma que o Constituinte Originário, pela técnica de normatização que utilizou (norma-regra), queria menos flexível.

7. Identificada a inconstitucionalidade, em atividade de auto tutela, incumbe ao Conselho Superior do Ministério Público o cancelamento do item 6, do enunciado 21 de Súmulas, na dicção do artigo 57, § 4º, do RICSMP.

¹⁶ Sobre a “fórmula do peso”, v. ALEXYS, Robert. *Constitutionalism Discursivo*. trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007.

¹⁷ Interessante consultar SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.* p. 17.

¹⁹ Súmula 346 do STF: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2001. p. 19.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais. In: MPMG Jurídico, 8, p. 10-17.
- BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2001.
- GARCIA, Emerson. Ministério público- organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005. p. 437.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2. ed. rev., ampl. e atual. pela NBR 14.724 e atual. pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1991.
- JATAHY, Carlos Roberto de Castro. O Ministério Público e o estado democrático de direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007. p. 71.
- _____. Curso de princípios institucionais do Ministério Público. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.
- MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 6. ed. – 7. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006.
- SARMENTO, Daniel. Ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 6.

4.6 SOCIEDADE EM DEBATE

4.6.1 O crime organizado no Brasil

Marcelo Cunha de Araújo

*Promotor de Justiça – Ministério Público de Minas Gerais
Professor da PUC-MG
Mestre e Doutor em Direito*



**Marcelo Cunha
de Araújo**

O fenômeno do “crime organizado” está sempre entre as conversas quotidianas de todos os brasileiros. Uma constatação interessante disso, que pode ser comprovada em qualquer ocasião, consiste na perquirição a respeito de quem seriam as pessoas responsáveis pela “*criminalidade organizada brasileira*”.

Conveniente perceber que as manifestações produzidas a partir desse estímulo quase sempre tomarão o rumo de algo que gira em torno dos “*traficantes de drogas*” (servindo como estereótipo

o bandido armado, dono das “bocas de fumo” das favelas do Rio de Janeiro), de grupos que agem de dentro das penitenciárias (aí o exemplo paradigmático passa a ser o “PCC” de São Paulo) ou de quadrilhas armadas especializadas em roubos a bancos e seqüestros. Muito poucas pessoas lembram-se, sem uma provocação direta, do verdadeiro crime organizado que serve como suporte a todas essas manifestações: o intrincado sistema de relações entre o aparato estatal, o capital e as atividades criminosas explícitas.

O mais interessante de se apontar inicialmente é que, focalizando-se especificamente o imaginário coletivo em uma fenomenologia das aparências, tem-se que os culpados pelas mazelas da segurança pública brasileira seriam, então, o “*traficante do morro*”, “*o presidiário*” ou o “*criminoso violento*”. Torna-se

importante, pois, buscar algo além da passividade (e impassividade) de nossos sentidos para embasarmos mais profundamente nossas opiniões.

Uma boa forma de se vislumbrar a idéia exposta pode ser verificada no excelente documentário “*Notícias de uma guerra particular*”, de João Moreira Salles e Kátia Lund (1999), que retrata, a partir de diversos depoimentos, a construção pessoal dos envolvidos diretamente na questão das drogas: os policiais, os traficantes e os moradores das favelas do Rio de Janeiro. Em determinado momento da obra cinematográfica, o então chefe da Polícia Civil do Rio de Janeiro, Hélio Luz, expõe uma verdade evidente apenas para um conhecedor interno: o fato, quase que manifesto, de os chamados “*donos dos morros*” não constituírem uma organização criminosamente verdadeiramente operacional. Tal não significa que não possuam um mínimo de coordenação entre as atividades financeiras, de comércio, de proteção armada, de combate, de “apoio comunitário”, etc. Entretanto, como disse o então Delegado de Polícia, eles não têm conhecimento ou contatos suficientes para movimentar milhões de dólares ou participar do jogo de poder e dinheiro que caracteriza o relacionamento com as altas cúpulas do Estado constituído.

Isso, porém, não significa que não existam ligações entre o tráfico (e aí também podemos acrescentar as “*máfias*” do bicho, dos caça-níqueis, dos bingos, da prostituição, etc.) e o crime organizado. O que ocorre é que tal conexão não se dá nos morros (ou nos presídios), e sim em um nível hierárquico-organizacional acima. Para cada dono de boca de fumo, existe alguém, certamente mais sofisticado e poderoso, que consegue financiar a atividade sem “sujar as mãos” com a violência da guerra na favela.

A partir desse raciocínio quase que evidente por si só, já se consegue ver o problema e o motivo de sua não-resolução: esse alguém mais sofisticado e poderoso tem íntimas ligações com o Estado institucionalizado e, com certeza, é pessoa que, de dentro do sistema, opera de forma a impossibilitar sua mudança. Trata-se do financiador oculto de campanhas eleitorais, do empreiteiro que misteriosamente vence licitações, do lobista que consegue verbas no orçamento, do intermediário que facilita a obtenção de sentenças em determinado sentido, entre outras atividades de sua alçada. Mas, apesar de o problema se caracterizar pela multiplicidade de ligações ocultas e protegidas pelo próprio sistema, todos os vínculos têm algo em comum na medida em que, em última instância, remontam à superestrutura econômica.

Desta feita, caso queiramos enfrentar seriamente o crime organizado brasileiro, teremos de pensar além dos jargões já desgastados do combate explícito e midiático consistentes em “ocupar favelas pela Polícia Militar”, “instalar bloqueadores de celular nas penitenciárias” ou “aumentar as penas dos crimes hediondos”. Ora, todas essas medidas podem circunstancialmente ser eficazes, não havendo motivos para as dispensarmos *in limine*. Entretanto, um enfrentamento real e perene do problema exigiria a criação de um aparato material e legislativo institucionalizado de combate aos crimes do colarinho branco (como a lavagem de dinheiro, crimes tributários, fraudes à licitação, corrupção,

peculato, etc.) e à improbidade administrativa. Para tanto, não há mistério. Trata-se de uma escolha eminentemente política no sentido de se alargar e aprimorar o aparato preventivo e repressivo desses crimes. Da investigação à efetiva punição.

Essa escolha política é sectária em relação a nossa responsabilização por todos os fenômenos eventualmente oriundos da dinâmica criminosa. Afinal, como se dizer (o óbvio) que o problema criminal do Brasil é relativo à falta de estrutura social disponibilizada aos menos favorecidos sem se problematizar o fato de que, a cada 100 reais retirados do caixa governamental, apenas 1 chega efetivamente a seus destinatários? Como se permitir que corruptos de colarinho branco, muitas vezes funcionários públicos, escudem-se em direitos fundamentais para que não tenham de prestar contas à sociedade?

Nesse momento, chega-se ao âmago do problema. A triste constatação de que, para haver um efetivo combate ao crime organizado no Brasil, é necessária uma mudança premente nas estruturas do Estado, sendo certo ainda que os maiores interessados em que essa mudança não ocorra são justamente os detentores das rédeas da decisão. Assim, fica evidente que as ausências geradas pelos mortos da “guerra particular” travada entre as classes (pobres) dos policiais e dos traficantes têm alguns beneficiários em particular. Resta-nos perguntarmos se somos um deles.

4.6.2 Monitoramento eletrônico de presos: o Brasil está preparado para esta nova tecnologia?



**Bruno Fortini
Bandeira**

Bruno Fortini Bandeira

*Bacharel em Ciência da Computação pela PUC/Minas
Acadêmico de Direito pela PUC/Minas
Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

“La libertad es, en efecto, un don del hombre; pero, como todos los atributos que el hombre posee, ha de ser manejada con un criterio finalista. Si la libertad fuera un valor por sí sola, admitiría la maximización; cuanto más libertad, mayores bienes. Y basta hacer mentalmente el ensayo, para convencerse de que la libertad llevada a tales extremos caería en el libertinaje. La libertad es un instrumento para bienes más altos. El hombre es libre para conseguir la exaltación de la personalidad, de la humanidad y de la cultura. No debe olvidarse esto cuando se construya el Derecho penal del futuro. Mientras tanto, y puesto que la libertad no es un valor en sí, sino que persigue un fin, tendremos que proclamar que no hay libertad, y que el Estado tiene derecho de defenderse. Pero, mirando al futuro, acaso pueda llegarse más lejos”.

(Jiménez Asúa)

Recentemente, o monitoramento eletrônico de sentenciados foi o assunto em destaque na mídia nacional, sendo apresentado como a panacéia dos males sociais da humanidade bem como da crise do sistema penitenciário brasileiro. Todavia, conforme será abordado no presente artigo, tal tecnologia deve ser analisada sob outra perspectiva.

Inicialmente, com a popularização da tecnologia de geolocalização (*Global Positioning System* - GPS), largamente utilizada por esportistas e seguradoras de veículos, tornou-se possível a materialização de dispositivos minúsculos e discretos que podem ser acoplados em qualquer objeto ou parte do corpo

– até mesmo, segundo a moderna medicina, sob a derme – possibilitando, dessa maneira, o constante monitoramento desejado. E, com base neste desenvolvimento, é que surgem as tornozeleiras e pulseiras equipadas com sensores e unidade móvel transmissora, responsável pela emissão de sinais aos satélites triangulares em órbita.

Com efeito, desde a sua implementação no Estado Americano de New México, em 1984, e com posterior adoção por países como Inglaterra, Suécia, Itália, Alemanha, dentre outros, passou a ser visto, pelo Brasil, como alternativa para se evitar o aprisionamento.

Nessa esteira, os defensores da aplicação deste modelo, encarnados no espírito neoliberal, asseguram que inegáveis benefícios seriam proporcionados ao Estado brasileiro e à comunidade carcerária.

A propósito, em análise sobre o tema, Júnior (2008)¹ traz à lume pontos que militam a favor da implantação do monitoramento eletrônico, quais sejam, a ressocialização do indivíduo através da reintegração social, maior eficiência na fiscalização do cumprimento das penas, assegurar ao preso o respeito à sua dignidade pessoal, integridade física e individualidade, a possibilidade de o sentenciado resgatar a sua dignidade através do trabalho externo, em Colônia Agrícola e Casa do Albergado, nos casos de condenados submetidos aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, respectivamente. Por fim, enfatizou a economia de recursos eis que, dessa maneira, retirar-se-ia o sustento do sentenciado por parte do Estado, dispensaria a construção de novas unidades prisionais, a contratação e treinamento de agentes de segurança, a aquisição de recursos materiais e, por derradeiro, colocaria termo na superlotação carcerária.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, há outros defensores, aficionados por segurança, que afirmam representar um avanço no sentido de “humanização da pena” porquanto não se põe em perigo a ordem e a segurança estatal e que, com o avanço proporcionado pela atual tecnologia, o controle dos presos seria perfeitamente plausível na era digital.

Ocorre que, neste momento, consoante Nunes (2007)² e Karam (2007)³, alguns questionamentos devem ser feitos: o Brasil estaria realmente preparado para acolher este novo tipo de tecnologia? Não se estaria, indiretamente, contribuindo para a escalada do terror repressivo estatal ao invés de impedi-lo de violar as garantias fundamentais do cidadão? A falência do sistema carcerário seria o motivo da adoção dessa medida extrema? Além disso, não se estariam mitigando as normas protetoras da privacidade em detrimento da ilusória segurança? A aceitação da vigilância constante e o efetivo monitoramento não incentivam e legitimam o uso desregrado da tecnologia que, futuramente, pode se tornar incontrolável caso não seja delimitado por leis eficazes?

Com escólio no aprofundado estudo de Karam (2007), percebe-se que o monitoramento eletrônico não foi a melhor escolha feita pelo Brasil. Destaco suas razões:

(...) o monitoramento eletrônico não é apenas a ilegítima intervenção no corpo do indivíduo condenado, a desautorizada invasão de sua privacidade, a transformação do seu antes inviolável lar em uma quase-prisão, em uma filial daquela que era a instituição total por excelência. (...) O controle vai muito além. Espraia-se pelos mais diversos espaços privados e pelo espaço público. Ultrapassa os limites do sistema penal regular. (...) Avança para outros campos e se soma especialmente às disseminadas câmeras de vídeo, transformando todo o território em que se movem os indivíduos – processados, condenados, suspeitos ou não – em um espaço observado por invisíveis agentes do Estado. (...) Não percebem os contornos da nova disciplina social, não percebem as sombrias perspectivas do controle na era digital. (...) Não percebem

que a explosão de tecnologias viabilizadoras de ampliados controle e vigilância combinada com a debilitação das normas protetoras da privacidade, combinada com a desmedida expansão do poder punitivo (...) estão empreendendo uma viagem de “volta para o futuro”.

Outrossim, Nunes (2007) critica, contundentemente, a tese favorável à adoção do monitoramento:

Por mais paradoxal que possa parecer o discurso daqueles que são contra a utilização do monitoramento eletrônico por meio de braceletes, pulseiras ou tornozeleiras, é notório que tal prática concretiza a sombria perspectiva do controle total do Estado sobre os indivíduos. Dessa forma, não se pode pensar a questão sob os efeitos do desespero de quem está preventivamente privado de sua liberdade, pois, nessa condição, qualquer esmola de liberdade dada ao sujeito é uma dádiva.

Ademais, insta ponderar, por relevante, a necessidade de se preservar o direito fundamental à intimidade, visto que, nas palavras de Weis (2007)⁴, o sistema apresentado ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária “expõe publicamente a pessoa processada ou condenada criminalmente, reforçando o estigma que impede a integração social a que se referem tratados internacionais de direitos humanos”. Em brilhante passagem, destaca a oportunidade que a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve em pronunciar sobre os limites do exercício do *jus puniendi* pelos Estados, restando consagrado que “um Estado tem o direito e o dever de garantir sua própria segurança, mas deve exercê-los dentro dos limites e conforme aos procedimentos que permitam preservar tanto a segurança pública como os direitos fundamentais da pessoa humana”.

Conclusão

É inegável que o avanço tecnológico deve proporcionar ao Estado a eficácia a que se destina. Toda e qualquer alternativa para evitar o aprisionamento merece ser analisada com cautela e acurácia. O monitoramento eletrônico, por si só, não seria capaz de reinserir um preso na sociedade. Necessário se faz o desenvolvimento de políticas públicas coordenadas e simultâneas para o pleno desenvolvimento e o alcance almejado pelos defensores de sua implantação.

Embora tenha sido adotado por países de primeiro mundo, é nítido que o Brasil ainda não está preparado para aplicar, integralmente, essa tecnologia na execução penal. Basta pensar na hipótese de um presídio de segurança máxima, com capacidade para 500 presos, que é constantemente vigiado por agentes de segurança e câmeras. O próprio Estado não consegue conter a população carcerária que se encontra ali reunida, quiçá através do monitoramento eletrônico, dada a sua amplitude geográfica.

Por fim, a meu sentir, o monitoramento representa o endurecimento da pena, um descalabro no contexto social em que estamos inseridos. É o golpe de misericórdia na dignidade da pessoa humana e no direito de ir e vir, porquanto duvidosa é a sua constitucionalidade.

¹ JÚNIOR, Carlos Daniel Vaz de Lima. **Monitoramento Eletrônico do Cumprimento de Pena, Novas Tecnologias na Humanização da Pena**. São Paulo, 17 de abr. 2008. Disponível em <http://64.233.169.104/search?q=cache:cS7my2xNLIJ:www.atontetecnologia.com.br/clientes/conamp/04_arquivos/documentos/Monitoramento.pdf+22Carlos+Daniel+Vaz+de+Lima%22+filetype:pdf&hl=ptBR&ct=clnk&cd=1&gl=br>. Acesso em 01 jul. de 2008.

² NUNES, Leandro Gornicki. **Alternativas para a prisão preventiva e o monitoramento eletrônico: Avanço ou retrocesso em termos de garantia à liberdade?** Santa Catarina, 21 jun. 2007. Disponível em <http://www.gornickinunes.adv.br/pt/adv_artigos/12.pdf> Acesso em 01 jul. de 2008.

³ KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 4-5, jan. 2007.

⁴ WEIS, Carlos. **O Big Brother Penitenciário**. Disponível em: <www.carceraria.org.br/pub/publicacoes/429de892c686b94c88703f3e91d034d8.pdf> Acesso em 03 jul. 2008.

4.7 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.7.1 Reflexões para o século XXI sobre o pensamento marxista

Riany Alves de Freitas¹

Técnica do Ministério Público de Minas Gerais

Pós-Graduada em Gestão Estratégica da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais

Acadêmica em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais



Riany Alves de Freitas

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Período Revolucionário. 3. A Liberdade. 4. A Igualdade. 4.1. Igualdade Formal e Substancial. 5. A Democracia Liberal. 6. O Coletivismo. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. Introdução

Este trabalho tem como objetivo mostrar os aspectos envolvidos no contexto histórico revolucionário no qual Marx estava inserido, bem como mostrar as críticas marxistas ao sistema capitalista, que gera a expansão econômica, constante busca de riquezas, mas em contrapartida, o desequilíbrio social.

Além disso, visa explicar as fases concebidas por Marx: Capitalismo, Socialismo e Comunismo esclarecendo a visão marxista no que se refere à liberdade, à igualdade e sua crítica à democracia liberal, e que o Estado Liberal, ou Liberal-Democrata contraria os ideais de igualdade e liberdade concebidos por Marx. Visa também demonstrar que o indivíduo é uma parcela de um corpo sistemático em que as partes não podem funcionar sozinhas.

A teoria marxista, apesar de ter sido escrita no século XVIII, nos fará sempre refletir sobre como o Capitalismo é o centro de todo o planeta, e engole qualquer forma de vida que o contrarie. Por isso, as visões de Marx, e de seu companheiro Engels, são semelhantes a muitas preocupações dos dias atuais, no tocante à defesa da diminuição da exploração humana e das desigualdades sociais.

2. Período Revolucionário

Marx viveu entre os anos de 1818 e 1883, período em que afloravam grandes conseqüências da Revolução Industrial: produção em larga escala, exploração do homem pelo homem e altas jornadas de trabalho. Viveu em uma Europa revolucionária, pouco depois da Revolução Francesa e da era Napoleônica, quando os interesses da burguesia se transformavam em leis, o que facilitava a exploração dos trabalhadores.

Neste contexto, começaram a surgir muitos protestos e lutas pela redução da jornada de trabalho. Por outro lado, sua

resistência, que concebia o Capitalismo o sistema ideal de liberdades econômicas. Uns defendiam as diferenças, cada qual com seu mérito e sorte, outros a igualdade de oportunidades e modos de vida.

Os episódios mais importantes que Marx pôde presenciar foram as Revoluções de 1830 e 1848 (Revoluções da Burguesia) e a Comuna de Paris (1871), primeira direção coletiva representada pelo proletariado em que predominavam os interesses das classes trabalhadoras e que simbolizava um pouco o início da concretização do ideal comunista de Marx. De acordo com Weffort, o ano de 1848 marca a diminuição das perspectivas revolucionárias nos países mais modernos da Europa, mas estas são transferidas para os países mais atrasados da periferia, como Irlanda e Rússia. “Marx escreve em uma época de revoluções na perspectiva de quem busca as diretrizes para as revoluções de seu tempo e dos tempos futuros. (WEFFORT, 1990, p. 234)”.

3. A Liberdade

A concepção de liberdade marxista é diferente à do liberalismo. Marx considerava que a liberdade é o autogoverno, que seria possível através da transição ao Comunismo. A liberdade para Marx só é conseguida com a abolição de classes, da exploração das capacidades que ameaçam a vida do ser humano, da propriedade privada e da liberdade econômica. No liberalismo, porém, liberdade significa a baixa intervenção do Estado nas relações de produção dos indivíduos, a defesa da propriedade privada, da liberdade econômica e da liberdade de comércio.

Pode-se também, diferenciar aqui o conceito de ditadura na visão marxista e na atual. Ditadura para Marx era a ditadura da burguesia, uma concepção classista, na qual as liberdades econômicas são mero interesse da burguesia, que aliena os trabalhadores e que não permite que tenham consciência de sua própria vida. Essa visão classista de ditadura não passou dos anos 20. Após este período, passou a ser considerada como o domínio de uma ou algumas pessoas através da coerção, podendo melhor ser entendida na fase do Socialismo.

Entre as fases analisadas por Marx, (Capitalismo, Socia-

¹ Agradeço às pessoas que contribuíram para a realização e revisão deste trabalho: Meu marido Ivan Dornela Goulart, Procuradora de Justiça Gisela Potério Santos Saldanha.

lismo e Comunismo), o Capitalismo é amplamente criticado, no qual a liberdade é relativa, pois a alta produção transforma os indivíduos em alienados e coagidos ao consumo exacerbado. Não possuem liberdade de escolha e são obrigados a vender sua força de trabalho ao capitalista para garantir a sua sobrevivência. Nesta fase, então, existe a ditadura da burguesia, que detém os meios de produção e comanda a economia, limitando as liberdades da classe oprimida. Para o teórico, o Capitalismo é incapaz de permitir a distribuição equitativa das mercadorias produzidas em uma era tecnológica avançada, dominada pela burguesia. Para os marxistas, como lembrado por Held (1987), a liberdade no Capitalismo é meramente formal, porque a desigualdade corrói fundamentalmente a liberdade e deixa a maioria dos cidadãos livres apenas nominalmente. O povo é governado pelo capital e a liberdade era impossível de ser conquistada enquanto durasse a exploração dos seres humanos. Surge a necessidade do Socialismo, com a nacionalização dos meios de produção de forma a atender os objetivos sociais.

No Socialismo, a ditadura do proletariado impede as liberdades de propriedade e dos meios de produção. Estes setores seriam comandados pelo Estado, na intenção de formar um ideal igualitário, futuramente chamado de Comunismo. Nesta ditadura, o proletariado exerce seu poder a fim de controlar os meios de produção e acabar com a divisão de classes. É nesta fase que a ditadura é considerada como nos dias atuais, pois expressa a coerção do Estado através da força, caso esta se torne necessária. Nesta fase, Sartori (1994) enfatiza que na ditadura do proletariado, a vasta maioria tem o poder de liberdade. É aqui que a livre iniciativa é combatida, ao se fazer através do Estado o controle da economia, onde o operário se torna apenas uma peça do sistema econômico. Desta forma, a liberdade requer (de acordo com a dialética marxista) sua negação, ou seja, para se conseguir chegar à liberdade no autogoverno, seria necessária a negação da liberdade através da ditadura do proletariado.

No Comunismo idealizado por Marx, o povo se auto governa. Todos os meios de produção tornam-se comunitários. Lênin, ditador russo, principal dirigente do partido Bolchevique em 1917 e seguidor das idéias marxistas defende que somente no Comunismo a liberdade poderia ser estabelecida, porém nunca permitiu que isso acontecesse.

A liberdade para Marx, portanto, está condicionada à abolição das classes e da exploração da vida humana. A liberdade só existe enquanto a igualdade for o carro chefe. Podemos perceber, então, que tanto o Socialismo quanto o Comunismo das idéias marxistas pregam o ideal igualitário, e a liberdade torna-se consequência desta igualdade.

4. A Igualdade

Para Marx, a igualdade só seria possível de ser alcançada quando fosse alcançado o estágio do Comunismo, após a revolução. “Falar em revolucionar uma sociedade significa que, no bojo mesmo da velha sociedade, formaram-se elementos da nova sociedade e que a queda de velhos conceitos acompanham a queda das antigas condições de vida.” (MARX, 1983, p. 34). Nesta fase, não haveria mais classes dominantes. Toda a sociedade trabalharia em prol de um bem comum de acordo com as capacidades de cada indivíduo. O Capitalismo seria totalmente abolido, porque só faz com que os trabalhadores não tenham controle dos bens que produzem, ou seja, trabalham alienados:

O trabalhador, assim, não pode se reconhecer no produto do seu trabalho, não pode encarar aquilo que ele criou como fruto de sua livre atividade criadora, pois se trata de uma coisa que para ele não terá utilidade alguma. A criação (o produto), na medida em que não pertence ao criador (ao operário), se apresenta diante dele como um ser estranho, uma coisa hostil, e não como resultado normal da sua atividade e do seu poder de modificar livremente a natureza. (KONDER, 1983, p. 45)

E isso, definitivamente, não é a igualdade que Marx almejava. Para ele, somente quando a igualdade fosse alcançada, a liberdade seria possível. Outros autores, porém, discordam de que a liberdade depende da igualdade. Para Bobbio (1998), liberdade e igualdade são conceitos antitéticos, no que diz respeito à esfera econômica. Não se pode realizar um sem limitar o outro. Para Sartori (1994), liberdade e igualdade são ideais independentes. Para ele, não somos livres por sermos iguais e vice-versa. “Se o Estado se torna todo-poderoso, não há qualquer garantia de que venha a ser um Estado benevolente, um Estado que gera igualdade; ao contrário, é extremamente provável que não venha a sê-lo. Nesse caso, nossas igualdades desaparecerão com nossas liberdades. (SARTORI, 1994, p.137).

Sartori ainda defende que a igualdade é o mais insaciável de nossos ideais e lança o homem numa disputa interminável. Defende também que a igualdade enquanto apresentação de propostas ou como ideal construtivo é algo complicado de se desenvolver. Só é fácil como expressão de protesto. Para Marx, porém, não era bem assim. A disputa pela igualdade terminaria com a conquista do Comunismo, período de efetiva justiça social e fim da alienação provocada pelo Capitalismo.

4.1 Igualdade formal e substancial

Marx mantinha sua preocupação na igualdade substancial, ou seja, a igualdade de fato, na qual os homens teriam as mesmas condições e os bens seriam distribuídos igualitariamente. Marx sabia que somente com a distribuição de riquezas em busca de um bem comum, e com a abolição das classes, seria possível impedir a exploração dos homens pela classe dominante. Assim, a igualdade formal, aquela que é definida na Constituição, ou seja, igualdade perante as leis, se tornaria também igualdade real e sensível entre os homens.

É nessa igualdade substancial que temos muito que evoluir. De acordo com Sartori (1994, p. 127), “O terreno é movediço, claro está, não com respeito às igualdades que temos (como a igualdade política e a jurídica), mas com respeito às igualdades que não temos, ou que temos minimamente”. Weffort (1994, p. 239) considera que as constituições burguesas prejudicam o estabelecimento da igualdade substancial: “Nas constituições burguesas, os ‘direitos do homem’,[...] acabam, na realidade, sendo definidos pelo molde dos direitos do burguês. Deste ponto de vista, os ‘direitos do homem’ - ou os direitos gerais assegurados pelo Estado - não definem uma igualdade que se deva realizar na sociedade”.

De acordo com Duguit (2006), a doutrina individualista encontrou sua forma precisa e acabada na “Declaração dos Direitos do Homem” de 1789. Esta define em seu artigo 4º: “O exercício dos direitos naturais do homem só tem por limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos”. (DUGUIT, 2006, p. 13).

Assim, percebe-se que igualdade formal e substancial são complementares e ambas necessárias na efetivação de uma justiça social, baseada no bem comum. Porém, são independentes, porque a existência de uma não implica na outra. Marx, portanto, era adepto à igualdade substancial e só ela seria capaz de acabar com a diferença de classes e a exploração do homem.

5. A Democracia Liberal

Os conceitos como liberdade e democracia, para Marx, são sempre vinculados à igualdade, que era o fim pretendido. Para ele, a democracia era a liberdade para a grande maioria e seria conseguida através da ditadura do proletariado. Este era o significado da palavra democracia na concepção de Marx. Sartori (1994), porém, menciona que Marx foi a favor de uma organização democrática, aberta, baseada no voto majoritário em sua participação na Primeira Internacional, entre 1864 e 1873.

Marx, sendo um igualitário, criticava o sistema liberal no que diz respeito às liberdades econômicas. Bobbio (1988, p. 39) deixa claro que o objetivo do liberalismo não é o ideal igualitário que Marx almejava. “Para o liberal, o fim principal é a expansão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder se afirmar em detrimento do desenvolvimento da personalidade mais pobre e menos dotada; para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera das liberdades singulares.”

Bobbio escreve que a única forma de igualdade aceita na doutrina liberal é a igualdade na liberdade, ou seja, cada qual com sua liberdade desde que não interfira na liberdade do outro. O significado de igualdade para Marx não significava exatamente isso, e sim a igualdade econômica, na qual os indivíduos abrem mão de suas individualidades em benefício da sociedade como um todo.

Portanto, a democracia marxista estava sempre vinculada à igualdade, mas o liberalismo econômico não. Este era considerado um entrave aos anseios revolucionários e igualitários dos ideais marxistas, pois contribui com o crescimento da complexidade dos problemas a serem enfrentados.

6. Coletivismo

Marx foi um teórico extremamente coletivista e abominava a concepção individualista constante do Capitalismo, onde os trabalhadores eram explorados pela burguesia e não obtinham sucesso nas suas lutas revolucionárias. Percebe, então, que os trabalhadores necessitavam de ações coletivistas, nas quais os interesses individuais seriam combatidos e somente os interesses gerais seriam atendidos. Held (1987), enfatiza que a natureza humana é acima de tudo social.

Neste contexto de lutas de classes, entre a disputas de

interesses individuais e coletivos, surge a figura do Estado, com a função de dirimir estes conflitos e fazer valer seus interesses. Assim, Marx expõe que “[...] a luta *prática* desses interesses particulares, que constantemente e de modo *real* chocam-se com os interesses coletivos e ilusoriamente tidos como coletivos, torna necessário o controle e a intervenção do Estado.” (MARX, 1983 p. 49).

O individualismo, para Marx, era um tipo de alienação que deixava o homem dominado completamente pelos modos de produção capitalista. O coletivismo de Marx pressupõe que a personalidade do indivíduo se dissolve na totalidade, e que o indivíduo aparece como uma peça para a engrenagem do organismo coletivo. Marx é, portanto, um defensor de um ideal coletivista, pois, em sua ideologia comunista, a base de sustentação é o coletivismo sem divisão de classes, que agiria conforme o ideal de bem comum. De acordo com Przeworski: “O interesse de classe é algo vinculado aos operários como coletividade e não como um amontoado de indivíduos, a seu interesse ‘grupal’ e não a seu interesse ‘seriado’”. (PRZEWORSKI, ano, p 34).

7. Conclusão

A Revolução Industrial representou grandes mudanças sociais, porque fez firmar o sistema capitalista no mundo, o que provoca a constante busca de riquezas. No século XXI, muito do que Marx percebeu ainda persiste, como o aumento das desigualdades sociais e a baixa qualidade de vida da maioria da população.

Apesar disso, amplas críticas são feitas ao sistema capitalista e o governo tem aumentado a fiscalização, de forma a minimizar os impactos que este sistema provoca sobre a sociedade. Na tentativa de aliviar estes impactos, citamos como exemplo o Projeto de Lei 29/99 que regulamenta anúncios publicitários em horários de programação infanto-juvenil, uma vez que as crianças não possuem capacidade de escolha de melhor tempo de compra, melhor produto, preço, etc. Além deste, citamos o Projeto de Lei 379/06 aprovado pelo governo de São Paulo, que proíbe a publicidade externa na capital paulista, de forma a diminuir a poluição visual de quem estaja na cidade.

Pode-se concluir que Marx concebia a liberdade e a ditadura de forma diferente do que é concebido hoje: ditadura era o que a burguesia exercia sobre o proletariado; liberdade era a abolição de classes, da opressão e a conquista da igualdade social. Para Marx, a democracia era conciliável com o Socialismo, mas os ideais liberais não. Assim, Marx pregava profundas críticas ao liberalismo. Para ele, a propriedade privada deveria ser abolida, assim como a liberdade econômica. Conclui-se que o pensamento de Marx era coletivista, pois se preocupava com o bem-estar de todos, não apenas de um grupo pequeno de indivíduos, fazendo-nos sempre refletir até que ponto o liberalismo e o Capitalismo influenciam negativamente nas desigualdades sociais tão presentes no mundo contemporâneo.

8. Bibliografia

BITTAR, Eduardo C. B. et al, *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Roberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

CÂMARA, Agência. Comissão vota regulamentação de propaganda para crianças. 20 Dez 06. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html?pk=96863>

Acesso em 23 Jan 2007.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006.

HELD, David, *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

KONDER, Leandro. *Marx - Vida e Obra*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

MARX, Karl, et al. *A Ideologia Alemã (Feuerbach)*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARX, Karl, et al. *Manifesto do Partido Comunista*. 3. ed. São Paulo: Global, 1983.

NOVAIS, João. *Câmara aprova proibição de outdoors em SP a partir de 2007*. Última Instância: revista jurídica. 26 Set 2006. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/31901.shtml> Acesso em 23 Jan. 2007.

PRZEWORSKI, Adam. *Capitalismo e Social-Democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da Democracia Revisitada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. v2. São Paulo: Ática, 1994. (Série Fundamentos).

WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política*. 10. ed. v2. São Paulo: Ática, 1990.

4.7.2 Indicação de obra de outra área

4.7.2.1 LLOSA, Mário Vargas. *Cartas a um jovem escritor*, São Paulo: Alegro, 2006. 192 p.

Para escrever um bom texto e, em decorrência disso, tornar-se um escritor, saltando de aspirante a profissional, é fundamental ler. E não seria exagero dizer: ler muito! Não raras são as ocasiões em que a falta de estímulo põe todo o projeto a perder. A leitura, por si só, é um estímulo valioso e, quando aliada à prática, pode gerar resultados surpreendentes. Assim é o caminho por onde Mario Vargas Llosa guiará o leitor, aprendiz de escritor. Reservando uma leitura vigorosa de textos clássicos da literatura humana, Llosa elucida para os principais componentes da ficção, seja ela moderna ou clássica. Mais do que uma leitura enriquecedora, *Cartas a um Jovem Escritor* é uma inesgotável fonte de consulta. Mario Vargas Llosa é um dos grandes escritores da atualidade. Mesmo *Os chefes*, sua primeira publicação, tendo vencido o prêmio Leopoldo Arias, sua carreira literária começa, contudo, com o romance *Batismo de fogo*, que ganhou o prêmio Biblioteca Breve em 1963 e foi traduzido para mais de quinze idiomas. Em 1981, Llosa publicou *A guerra do fim do mundo*, um

livro sobre a Guerra de Canudos dedicado ao escritor brasileiro Euclides da Cunha, autor de *Os sertões*. Em 1990, Vargas Llosa candidatou-se à presidência do Peru e acabou sendo derrotado no segundo turno por Alberto Fujimori. Suas experiências como escritor e sua curta trajetória política podem ser lidas na autobiografia *Peixe na água*, publicada em 1991. Mario Vargas Llosa condensa uma vida de escritor, leitor e pensador em um manual essencial para aspirantes a escritores. Ao utilizar contos e romances de autores do mundo todo ? Borges, Bierce, Céline, Cortázar, Faulkner, Kafka, Robbe-Grillet ? ele desnuda o funcionamento interno da ficção, todo o tempo incitando os jovens escritores a não perder contato com o impulso elementar para criar. Coloquial, eloqüente e suavemente erudito, este livro será lido e relido por escritores jovens ou não, escritores de amanhã e todos aqueles interessados no mundo das letras. A série *Cartas a um jovem...* apresenta uma visão crítica e profunda de uma área de atuação, com base na rica vivência dos autores.