

PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A NECESSÁRIA REVISÃO CONCEITUAL DA UNIDADE INSTITUCIONAL E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Marcelo Pedroso Goulart

ENTREVISTA:
Luciano Badini

Público
Constitucional
Administrativo
Institucional

Coletivo
Material e Processual

Civil
Material e Processual

Penal
Material e Processual

Informações Variadas

Disseminare

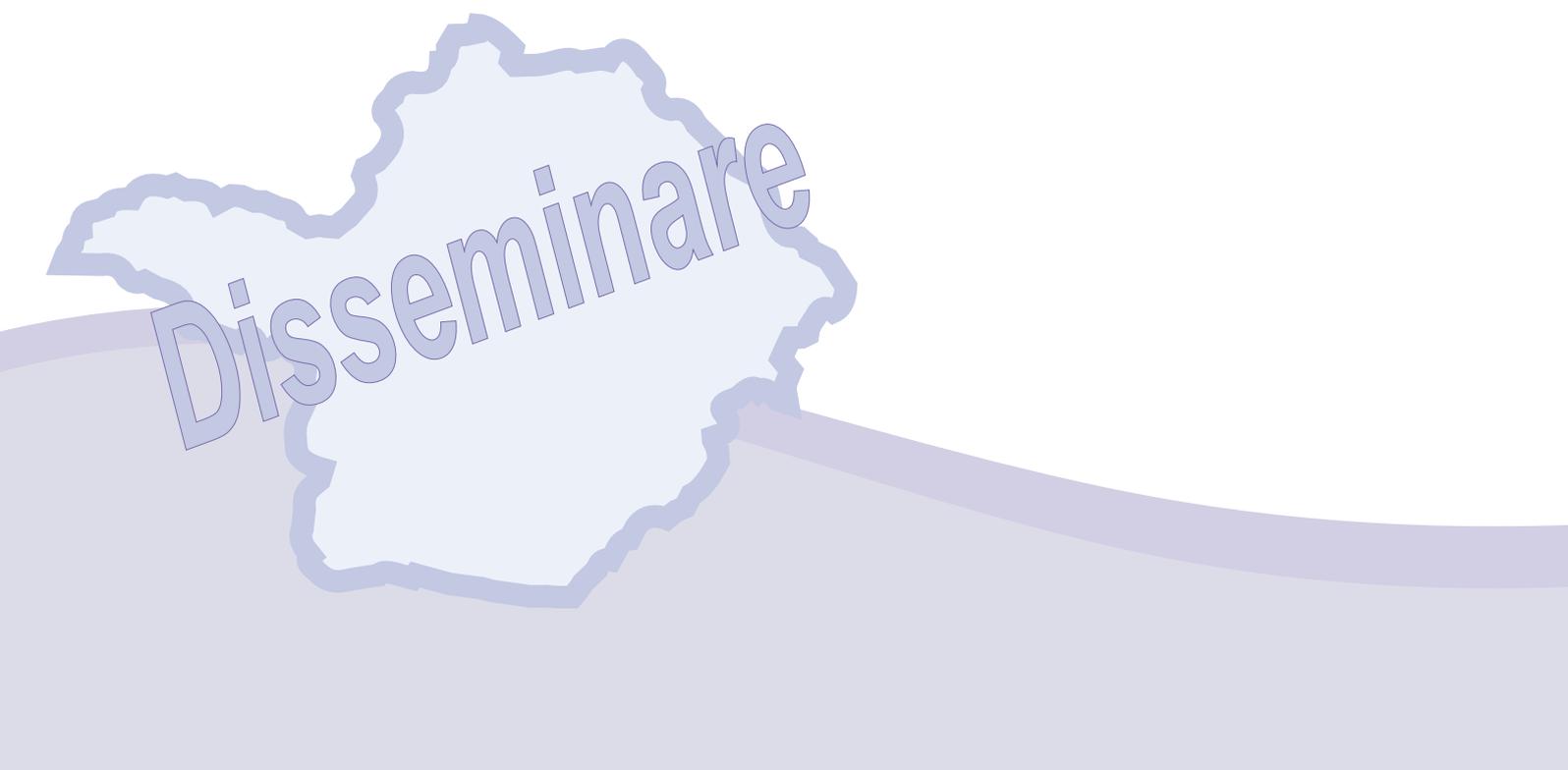


MPMG

jurídico

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

Ano III - outubro / novembro / dezembro de 2008- Número 14
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 Cançado

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 Hugo de Moura

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.



Jarbas Soares Júnior
Procurador-Geral de Justiça

Gregório Assagra de Almeida
Promotor de Justiça
Diretor do CEAF

Editado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Av. Álvares Cabral, 1.740, 1º andar, Bairro Santo Agostinho, Belo Horizonte – MG, CEP: 30.170-001

Fones: (31) 3330–8299 e (31) 3330–8182 / E-mail: mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

SUMÁRIO

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	8
Jarbas Soares Júnior	
II APRESENTAÇÃO	8
Gregório Assagra de Almeida	
III CONVITE DA COORDENAÇÃO EDITORIAL	9
1 MATÉRIA DE CAPA	
1.1 Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional	10
Marcelo Pedroso Goulart	
2 ENTREVISTA	
2.1 Luciano Badini	15
3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL	
3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL	
3.1.1 Improbidade Administrativa: ilegalidade da ineficiência	17
Marina Dehon de Lima	
3.1.2 A manutenção da “identidade constitucional”	18
Mariano Henrique Maurício de Campos	
3.1.3 Breves comentários acerca do efeito repique nas gratificações funcionais	23
André Pataro Myrrha de Paula e Silva	
3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) Obras doutrinárias	
3.1.4.1 SALIBA, Aziz Tuffi. Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos	26
3.1.4.2 FURLAN, Fabiano Ferreira. Sigilo Bancário	26
B) Artigos	
3.1.4.3 CASTRO, André Cadurim. O direito de protesto social como tertium genus de contestação insito ao Estado Democrático de Direito	26
3.1.5 Jurisprudência da área	
3.1.5.1 TJMG, 5ª Câmara Cível. Legitimidade do Ministério Público para promover a execução com base em certidão oriunda do Tribunal de Contas. Novel entendimento do STJ	27
3.1.5.2 TJMG, Corte Superior. Exigência de eleição para o provimento os cargos de diretor e vice-diretor escolar. Inconstitucionalidade	27
3.1.5.3 STF, Pleno. Aposentadoria Especial de Professor. Contagem do tempo de serviço prestado mesmo fora da sala de aula. Interpretação conforme	27

- 3.1.5.4 STF, Pleno.** *A existência de controle difuso de constitucionalidade no STF não impede o ajuizamento de ação direta com a mesma finalidade. Prevalência do controle concentrado sobre o controle difuso* 28

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

- 3.2.1 Breves linhas sobre a legitimação para agir em ações coletivas no Estado Democrático de Direito** 29
Cynthia Lessa Costa

- 3.2.2 A fiscalização da propaganda eleitoral pelo cidadão** 32
Giselle Aline dos Reis

- 3.2.3 Superendividamento** 33
Maiele Karem França Morais

3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

- 3.2.4.1 CAVALIERI FILHO, Sergio.** *Programa de Direito do Consumidor.* Atlas: São Paulo, 2008, 354p. 35

B) Artigos

- 3.2.4.2 ALVARENGA, Luciano José.** *Reserva legal e conservação dos domínios ecológico-florísticos brasileiros: argumentos biológicos e jurídicos para uma análise crítica da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais* 35

3.2.5 Jurisprudência da área

- 3.2.5.1 TJMG, 5ª Câmara Cível.** *Averbação de reserva legal. Imóvel rural sem área de floresta. Desnecessidade* 36

- 3.2.5.2 TJMG, 4ª Câmara Cível.** *Averbação de reserva legal. Imóvel rural sem área de floresta. Necessidade. Princípio da função socioambiental da propriedade. Prevalência do interesse coletivo* 36

- 3.2.5.3 STJ, 5ª Turma.** *Impetração de mandados de segurança coletivos por duas entidades representativas da mesma categoria profissional* 36

- 3.2.5.4 TJMG, 15ª Câmara Cível.** *Parâmetros para fixação do valor da causa e dos honorários em ações coletivas* 36

- 3.2.5.5 TJRS, 9ª Câmara Cível.** *Indústria do tabagismo. Ocorrência de evento danoso ao consumidor em virtude de dependência química em relação ao cigarro. Ausência de boa-fé da fabricante. Aplicação do CDC. Dano moral configurado* 38

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

- 3.3.1 Momento processual de inversão do ônus da prova na tutela do consumidor** 40
Samuel Alvarenga Gonçalves

- 3.3.2 Direito privado e as concepções naturalistas e normativistas de mercado** 43
Márcio Adriano Gomes de Oliveira

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

- 3.3.3.1 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo à luz do Novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal* 47

B) Artigos

- 3.3.3.2 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Família, Sociedade e Educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna* 47

3.3.4 Jurisprudência da área

- 3.3.4.1 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Adoção. Invalidação. Ponderação no caso concreto sob a ótica dos direitos fundamentais do menor* 48

- 3.3.4.2 TJMG, 2ª Câmara Cível. *A perda do poder familiar não é uma consequência automática do procedimento de adoção, sendo necessário um processo autônomo próprio e antecedente, observada a ampla defesa e o contraditório* 49

- 3.3.4.3 TJRS, 8ª Câmara Cível. *Sucessão da companheira: aplicação da mesma regra em relação à cônjuge sobrevivente. Inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do CC/02* 49

- 3.3.5.4 TJMG, 8ª Câmara Cível. *Ação de guarda de menor que não se encontra em situação de risco. Competência. Vara Cível ou Vara da Família* 50

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

- 3.4.1 **Privatização: solução para a crise carcerária?** 51
João Lopes

- 3.4.2 **Análise do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz dos Direitos Humanos Internacionais** 53
Carlos Frederico Braga da Silva

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

- 3.4.3.1 ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites* 54

B) Artigos

- 3.4.3.2 ISAACSSON, Gisela Brum. *Crimes contra a administração pública: um estudo sobre a possibilidade de não propositura da ação penal face ao princípio da insignificância.* 54

3.4.4 Jurisprudência da área

- 3.4.4.1 TJMG, 5ª Câmara Criminal. *Revogação da prisão domiciliar. Desconsideração do tempo cumprido no cômputo da pena. Impossibilidade* 55

- 3.4.4.2 TJMG, 4ª Câmara Criminal. *Revogação da prisão domiciliar. Desconsideração do tempo cumprido no cômputo da pena. Possibilidade* 55

- 3.4.4.3 TJMG, 2ª Câmara Criminal. *Liberdade Provisória. Crime de Tráfico Drogas. Vedação. Critério da especialidade das leis* 55

- 3.4.4.4 TJPR, 5ª Câmara Criminal. *Liberdade Provisória. Crime de Tráfico de Drogas. Possibilidade. Conflito de leis no tempo* 56

4 INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 STF EM DEBATE

- 4.1.1 Ponderações sobre a Súmula Vinculante nº11 do Supremo Tribunal Federal** 58
Alessandro Amaral Oliveira e Joaquim José Miranda Jr.

4.2 DIREITO E CIDADANIA

- 4.3.1 Por uma visão consensual do controle da Administração Pública: a importância do princípio da participação na formulação e implementação de políticas públicas democráticas** 62
Ludmila Costa Reis

4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

- 4.3.1 Enfoques da inconstitucionalidade da Lei “Maria da Penha”** 63
Cristiano Sales Caldeira Brant

4.4 LÍNGUA E LINGUAGEM

- 4.4.1 Era uma “vez que”...** 65
Cláudio Márcio Bernardes

4.5 DIREITO EM FOCO

- 4.5.1 Os direitos fundamentais e sua efetivação** 66
Érika de Laet Goulart Matosinho

4.6 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

- 4.6.1 A Linguagem na 3ª idade** 71
Ana Carolina de Andrade Teixeira

4.6.2 Indicação de obra de outra área

- 4.6.2.1 GRAY, John. *Cachorros de Palha: reflexões sobre humanos e outros animais*** 72

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),

Já com um certo saudosismo, dirijo-me a vocês nessa última edição enquanto Procurador-Geral de Justiça no Ministério Público de Minas Gerais.

Foram quatro anos à frente de uma instituição grandiosa, da qual muito tenho do que me orgulhar e com a qual pude vivenciar experiências que deixaram marcas indelévels na minha trajetória de membro do *Parquet* mineiro.

Sem dúvida, a criação deste veículo de informação jurídica foi uma das realizações que ajudaram a consolidar ainda mais o nome deste Ministério Público no cenário nacional. Em pouco tempo de existência, o MPMG Jurídico tornou-se um periódico de leitura e consulta obrigatórias para todos nós.

E, certamente, não poderia furtar-me de deixar registrada a nossa alegria e, também, de enviar o nosso agradecimento especial a cada um de vocês que contribuíram para o sucesso de nossa empreitada. Sejam como leitores, sejam como colaboradores, sintam-se verdadeiramente responsáveis por esta conquista de sucesso.

E os desafios continuam. Nas mãos do novo Procurador-Geral de Justiça, o nosso dileto amigo e experiente colega Alceu José Torres Marques, tenho certeza de que obra que iniciamos ganhará contornos ainda mais fortes e decerto produzirá frutos e resultados à altura da nova e competente Administração Superior do Ministério Público de Minas Gerais.

A todos vocês, um grande abraço e muito obrigado pela confiança que fizeram do nosso boletim um trabalho de respeito, caminhado rumo a sua maturidade e jamais deixando de agregar, entre suas colunas, novos valores e ideais, sobretudo aqueles ligados à liberdade, ao altruísmo e à igualdade.

Fiquem com Deus!

II APRESENTAÇÃO

Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça. Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais.

Caros (as) Leitores (as),

Enfim, terminamos mais um ano entregando a todos vocês outro exemplar do *MPMG* Jurídico, na esperança de que ele possa continuar a ser uma ferramenta útil e uma prazerosa leitura.

Nesta edição de nº 14, fomos brindados com toda a experiência jurídica e institucional de Marcelo Pedrosa Goulart, jurista de renome e atuante Promotor de Justiça do Ministério Público paulista. Na matéria de capa, ele fala dos princípios institucionais do Ministério Público à luz de um pensamento totalmente conectado ao atual pacto constitucional consistente na defesa do projeto da democracia participativa, econômica e social.

Não menos interessante está a entrevista com Luciano Badini, um dos mais respeitados membros do Ministério Público mineiro, oportunidade em que ele nos contará um pouco de sua trajetória bem como sobre os principais e recentes projetos de sucesso desenvolvidos dentro da Instituição, muitos deles servindo de paradigma e modelo organizacional em todo o País.

Na parte dos artigos doutrinários e jurisprudência, merece destaque a seleção de acórdãos que demonstram posições polêmicas e divergentes no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tornando o estudo do pensamento do Judiciário mineiro ainda mais instigante.

Por fim, na seção das Informações Variadas, textos bem ecléticos e diversificados encerram a nossa edição de forma aprazível, mas, ao mesmo tempo, preparando o leitor para a próxima edição (jan-mar), a qual contará com nova estrutura e diagramação, tudo para deixar o *MPMG* Jurídico ainda mais dinâmico, versátil e com um visual mais limpo.

Boa leitura!

III CONVITE DA COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prezados(as) Senhores(as),

A Coordenação 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 (Windows)* – versão mais atual – com, aproximadamente, 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); utilizando-se da mesma fonte do texto, os títulos em corpo 12, em negrito; e, por fim, a indicação da fonte bibliográfica completa, em caso de citação em formato de “Notas e referências bibliográficas” como nota de rodapé, em 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 a Coordenação Editorial – Av. Álvares Cabral, nº 1.740, 1º andar, Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30.170-916, Belo Horizonte (MG).

Envio de artigos e outras informações:

mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional

Marcelo Pedroso Goulart

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo

Docente da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo



Marcelo Pedroso Goulart

1. A crise do Ministério Público

A situação de crise, segundo Gramsci, é aquela em que o velho morreu e o novo não conseguiu afirmar-se.¹

O Ministério Público brasileiro vive uma situação de crise, imperceptível aos olhos da maioria de seus membros e de seus dirigentes, uma vez que o velho Ministério Público (pré-88) morreu, mas o novo Ministério Público, projetado na Constituição de 1988, ainda não se afirmou.

De acordo com a vontade popular explicitada na Constituição da República, o Ministério Público deve constituir-se em um dos mais importantes *agentes da vontade política transformadora*, cabendo-lhe a tarefa de definir e participar de ações político-jurídicas modificadoras da realidade, objetivando a construção do projeto constitucional de democracia (a sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento sócio-econômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos). Essa é a *estratégia institucional*.

ESTRATÉGIA INSTITUCIONAL – participar da construção da sociedade livre, justa e solidária, ou seja, da sociedade na qual o desenvolvimento sócio-econômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos

MINISTÉRIO PÚBLICO – agente da vontade política transformadora

Levar avante essa prática transformadora (práxis) é cumprir uma função política maior, que implica a substituição de uma dada ordem por outra ordem social, mais justa, na qual prevaleçam os valores universais da democracia. A realização prática dessa função política maior dá-se no *movimento catártico* que promove a transição da sociedade, dos seus movimentos, das suas organizações e de suas instituições do *momento corporativo* e particularista para o *momento ético-político* de modificação do real.²

Do ponto de vista jurídico-constitucional (formal), o Ministério Público estruturou-se para cumprir a função de promover os valores democráticos, como *instituição catártica, universalizante, não-corporativa*. O seu perfil constitucional não dá margem a dúvidas quanto a isso.

Todavia, do ponto de vista do movimento real da Instituição, não se pode fazer a mesma afirmação.

¹ GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. v. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 184.

² Sobre Ministério Público e movimento catártico, ver GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, n. 1, 2001. p. 11-34

A realidade demonstra que o Ministério Público ainda está em fase de transição, visto que, do ponto de vista intrainstitucional, ainda não incorporou plenamente sua nova função política, ainda não formou uma *vontade coletiva-interna democrática* capaz de garantir a unidade necessária à atuação voltada à transformação social.

No nível institucional, portanto, o Ministério Público ainda não superou, plenamente, o *momento corporativo*, fato que impõe a aceleração do *movimento catártico interno*. Do contrário, a *passividade* poderá tomar conta da Instituição, levando-a à *impotência objetiva*, ao não cumprimento da sua função política e dos objetivos que lhe foram postos pela Constituição. Esse tipo de *comportamento passivo-impotente* poderá acarretar a perda de legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na configuração formal-institucional do Ministério Público

A consolidação do novo Ministério Público (pós-88) e a sua afirmação como *agente da vontade política transformadora* impõe a efetivação de uma série de mudanças conceituais e práticas. No campo conceitual, mister a sistematização das novas categorias que hão de fundamentar a ideologia institucional, adequando-a ao *Ministério Público pós-88*. É nesse campo, marcadamente ideológico (cultural), que se faz necessária a atualização dos conceitos de unidade institucional e de independência funcional.

2. A revisão dos conceitos de unidade institucional e de independência funcional e a correlação desses princípios à luz da estratégia institucional

A forma como a doutrina insiste em definir os princípios conformativos-informativos do Ministério

Público não atende ao perfil institucional delineado pela Constituição de 1988. Esses princípios devem ser compreendidos à luz da estratégia institucional.

O princípio da unidade

No modelo superado, tal princípio cinge-se a conformar a estrutura administrativa da Instituição, como órgão único, integrado por promotores de justiça sob a direção de um só chefe.³ Alguns confundem o princípio da unidade com o princípio da indivisibilidade, como se fossem um único princípio, e, numa perspectiva reducionista, conferem à unidade uma dimensão exclusivamente processual.⁴

No pós-88, o princípio da unidade ganhou conotação política, que transcende os aspectos administrativos-estruturais pelos quais foi definido pela doutrina tradicional, embora esses aspectos estejam nele incluídos. Ademais, não pode ser confundido com o princípio da indivisibilidade. Este princípio (indivisibilidade) informa a atuação do membro do Ministério Público como agente procedimental-processual. O princípio da unidade informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério Público, que, por meio do conjunto de seus membros – de seus órgãos de execução e de Administração Superior – deve estar voltado à consecução do seu objetivo estratégico: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República (a construção da sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento deve estar voltado, necessariamente, à erradicação da pobreza e da

PRINCÍPIO DA UNIDADE – a atuação dos membros do Ministério Público deve estar voltada à consecução da estratégia institucional, qual seja: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República

³ MAZZILLI, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 66. CAZZETA JÚNIOR, *A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua triplíce garantia constitucional*, p. 40.

⁴ CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 209: “Ser *una e indivisível* a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam”.

marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem comum).

Os critérios definidores da unidade são dados pela Constituição da República, na determinação da estratégia institucional (objetivo estratégico), e pelos Planos e Programas de Atuação, que contemplam as prioridades e os meios de ação para o cumprimento da estratégia.

Unidade e estratégia transitam numa via de mão dupla. A estratégia define a unidade e a unidade concretiza a estratégia. A unidade é definida pela estratégia posta abstratamente pela Constituição. A estratégia realiza-se no mundo concreto através da realização prática das metas prioritárias estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação.

A unidade institucional deve ser construída democraticamente. A construção democrática da unidade institucional supõe a participação da sociedade no processo de definição das prioridades institucionais, por meio dos novos instrumentos e espaços de democracia participativa, como, *v.g.*, as audiências públicas.

Incumbe aos órgãos de execução do Ministério Público (Promotorias e Procuradorias de Justiça) a implementação dos Planos e Programas. Cabe aos órgãos da Administração Superior garantir a unidade. À Procuradoria-Geral incumbe promover a mobilização dos membros da Instituição no sentido da consecução do objetivo estratégico, bem como fornecer os meios e o suporte material necessários ao cumprimento das metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação. À Corregedoria-Geral, fiscalizar o cumprimento, pelos órgãos de execução, das metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação. Ao Conselho Superior, exercer o poder revisional de arquivamentos de inquéritos civis, a impedir desvios que frustrem a unidade institucional nos casos concretos.

O princípio da independência funcional

A independência funcional tem por objetivo

garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público só deve obediência à sua consciência e ao direito.

INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL – garante ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas e internas que possam frustrar e inviabilizar o cumprimento da estratégia institucional

O entendimento superficial que se tem dado ao princípio da independência funcional, a partir dessa máxima, não revela o seu verdadeiro sentido, provocando distorções inaceitáveis no atuar concreto dos membros do Ministério Público. Impõe-se, neste momento de reconstrução institucional, rever o conteúdo do princípio da independência funcional, levando em consideração que:

a) a independência funcional, antes de ser uma garantia do membro do Ministério Público, é uma garantia da sociedade, uma vez que foi instituída para dar ao povo a segurança de contar com um agente político que, no exercício das funções de defesa dos interesses sociais, possa atuar com independência, imune às pressões do poder;

b) quando se fala em *dever de obediência à consciência*, não se está tratando de uma consciência espontânea ou contingente (falsa consciência); mas, sim, de uma consciência autêntica, emancipada e universal (verdadeira consciência); de uma consciência ética, informada pelos valores universais da democracia;

c) quando se fala em *dever de obediência ao direito*, não se está tratando da obediência cega do membro do Ministério Público à literalidade dos tex-

tos legais, mas no uso do direito como instrumento de transformação social, o que implica interpretação recontextualizadora da norma, à luz dos valores que informam o projeto democrático constitucionalmente delineado (estratégia institucional do Ministério Público), bem como o reconhecimento de que o direito possui diferentes dimensões (política, econômica, cultural e normativa),⁵ portanto a dimensão normativa é apenas uma delas.

A correlação dos princípios da unidade e da independência funcional

Para que o Ministério Público cumpra a sua missão institucional, ou seja, o seu objetivo estratégico, é preciso compreender a correlação existente entre os princípios da unidade e da independência funcional.

Como Instituição una, o Ministério Público deve estar voltado ao cumprimento de sua estratégia, o que se dá pela implementação dos Planos e Programas de Atuação. Para isso, os agentes do Ministério Público devem atuar com independência, ou seja, devem estar imunes às pressões internas e externas que frustrem e inviabilizem o cumprimento da estratégia institucional, que se dá, concretamente, por meio da execução dos Planos e Programas de Atuação.

As metas, prioridades e ações definidas nos Planos e Programas de Atuação decorrem da necessidade de o Ministério Público cumprir, por força de imposição constitucional genérica, os seus objetivos estratégicos. Por ser assim, esses Planos e Programas contemplam, necessariamente, hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público. Em outras palavras: o membro do Ministério Público que deixa de observar as metas, prioridades e ações estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação não pode invocar, em sua defesa, o princípio da independência funcional, pois este princípio não pode servir de escudo àqueles que deixam de cumprir objetivos institucionais constitucional e democrática-

mente definidos.

3. Conclusões

1ª) O objetivo estratégico do Ministério Público é a defesa do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição de 1988, pela consecução dos objetivos fundamentais da República sintetizados no art. 3º, incs. I a IV (construção da sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento sócio-econômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos).

2ª) Para cumprir o seu objetivo estratégico, o Ministério Público precisa definir políticas públicas por meio de Planos e Programas de Atuação Institucional, com o estabelecimento de metas prioritárias que orientem a ação dos órgãos de execução e de Administração Superior.

3ª) O princípio da unidade informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério Público, que, pelo conjunto dos seus membros – dos órgãos de execução e de Administração Superior –, deve estar voltado à consecução do seu objetivo estratégico.

4ª) Incumbe aos órgãos de execução do Ministério Público – Promotorias e Procuradorias de Justiça – a implementação dos Planos e Programas de Atuação como forma de garantir a unidade institucional.

5ª) No sentido de garantir a unidade institucional, cabe à Procuradoria-Geral promover a mobilização dos membros da Instituição no sentido da consecução do objetivo estratégico, bem como fornecer os meios e o suporte material necessários ao cumprimento das metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação.

6ª) No sentido de garantir a unidade institucional, cabe à Corregedoria-Geral fiscalizar o cumprimento,

⁵ Cf. MACHADO, *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*, p. 70.

pelos órgãos de execução, das metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação.

7ª) Cabe ao Conselho Superior exercer o poder revisional de arquivamentos de inquéritos civis, como forma de impedir desvios que frustrem a unidade institucional nos casos concretos.

8ª) A independência funcional tem por objetivo garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas e internas que

frustrem e inviabilizem o cumprimento da estratégia institucional.

9ª) O Ministério Público concretiza o objetivo estratégico abstratamente previsto na Constituição por meio da execução das metas prioritárias dos Planos e Programas de Atuação. Essas metas decorrem de imposição constitucional, portanto, contemplam hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAZZETA JÚNIOR, José Jesus. A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional. In: ALVES, Airton Buzzo et ali (org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 (em cooperação).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 (em cooperação).

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997 (em cooperação).

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, n. 1, 2001, p. 11-34 .

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 (em cooperação).

MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey,

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.

2. ENTREVISTA

2.1 Luciano Badini

MPMG JUR: Quais seriam, na visão do senhor, os grandes desafios do Ministério Público atualmente?

Luciano Badini: Temos alguns grandes desafios. O Ministério Público brasileiro precisa implementar, com celeridade, indicadores de performance confiáveis, que demonstrem a eficiência da atuação ministerial nas diversas áreas, das tradicionais, como a criminal ou de família, às especializadas. Penso que o sistema de registro único, SRU, que a partir do primeiro trimestre de 2009 terá dados seguros sobre os procedimentos instaurados pela Instituição em todo o Estado, é um primeiro passo, especialmente para que tenhamos essas informações em áreas não judiciais. Mas, não basta. Temos produzido muito mas, infelizmente, não temos, até o momento, como demonstrar a amplitude e relevância dessa atuação. Outro desafio, seria tornar o Ministério Público efetivamente resolutivo, apresentando soluções ou alternativas para as principais demandas sociais.

MPMG JUR: O senhor é um grande conhecedor da atuação do Ministério Público na defesa do Meio Ambiente, já tendo realizado, conjuntamente com o doutor Jarbas Soares Júnior, um extraordinário trabalho que reestruturou e remodelou, no País, o papel do Ministério Público na área ambiental, substituindo a antiga divisão de trabalho por Comarca para consagrar a atuação por bacias hidrográficas. Neste novo contexto, quais seriam as principais conquistas do Ministério Público mineiro na área ambiental?

Luciano Badini: A atuação por bacia hidrográfica contribuiu para que construíssemos soluções regionais para as principais demandas ambientais. Nesta área de atuação, não raro, os limites de Comarca não são suficientes para a construção de soluções efetivas para os problemas observados. A definição de prioridades, formatação de planejamento, a criação de rotina de atuação, o estabelecimento de metas e o suporte à atuação do promotor de Justiça, despersonalizando e institucionalizando a atuação ministerial, foram decisivos, decerto, para o êxito da atuação por bacia. Aliás, agora no CAOMA, pretendo ampliar a área de atuação das coordenadorias das promotorias por bacias hidrográficas. O bom resultado obtido não pode, naturalmente, ficar restrito à bacia do Rio São Francisco e Jequitinhonha. De outro lado, temos que definir novas Coordenadorias “temáticas” para reproduzir o êxito alcançado pela Promotoria de Defesa do Patrimônio Cultural, Histórico e Turístico e Minas Gerais.



Luciano Luz Badini Martins

O Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais Luciano Luz Badini Martins é um dos principais articuladores da atual Administração Superior do Parquet mineiro. Aliando sua notória qualificação profissional à sua experiência institucional, Luciano Badini tem desempenhado um papel chave à frente de vários projetos de reconhecida relevância, muitos deles servindo inclusive de modelo a outros Ministérios Públicos do Brasil.

Nessa edição do MPMG Jurídico, iremos conhecer um pouco mais do trabalho desse Promotor de Justiça, a quem prestamos nossa homenagem e reconhecimento.

MPMG JUR: Dividindo os dois modelos de Ministério Público – demandista e resolutivo –, o senhor acredita que o modelo resolutivo seria um canal para a construção de uma nova mentalidade institucional?

Luciano Badini: Seguramente. O modelo tem sido adotado não só nas áreas especializadas, como na ambiental, infância e juventude, defesa dos portadores de necessidades especiais e idosos, e, até, no patrimônio público. Temos que destacar, contudo, que há ótimos resultados, em Minas Gerais, do Ministério Público resolutivo em sede criminal, cível e família, fato que às vezes passa despercebido da sociedade e dos próprios membros.

MPMG JUR: Gostaríamos que o senhor falasse um pouco, na sua visão, sobre o Plano Geral de Atuação, seu conceito, finalidades, princípios e principais balizes para a sua elaboração.

Luciano Badini: O Plano Geral de Atuação sofreu sensível alteração nos últimos anos mas, ainda, não atingiu o objetivo desejado. As metas, regionalmente definidas, devem ser, a meu sentir, mais objetivas. Em regra, atualmente são muito amplas, por vezes programáticas, tornando-se, desta forma, inatingíveis. Por exemplo, seria interessante definir como uma meta regional o tratamento de esgoto sanitário de um determinado município, o maior poluidor, e, como consequência da inserção desta meta no PGA, formalizarmos um termo de ajustamento de conduta por bacia hidrográfica, celebrado por todos os promotores de Justiça que atuam na defesa do ambiente na região a ser beneficiada, com forma e prazo rígidos de cumprimento da referida obrigação. A integração ou o chamado fórum permanente de centros de apoio operacional será fundamental para que a Instituição alcance este objetivo. Por outro lado, percebo

que as audiências públicas podem trazer muitos subsídios para a formatação de um novo e eficiente PGA.

MPMG JUR: Gostaríamos de parabenizar o senhor pelo eficiente e revolucionário trabalho no Projeto Sedes Próprias, o qual esteve, e está sob sua coordenação em 2008. Entendemos que esse projeto é um parâmetro para a sedimentação da identidade social do Ministério Público. O que o senhor entende sobre isso?

Luciano Badini: Eu agradeço e registro que o êxito do

projeto deve ser partilhado com todos os engenheiros e arquitetos do Núcleo de Engenharia e Arquitetura criado na Procuradoria-Geral de Justiça e com toda a equipe vinculada à Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa coordenada, com brilhantismo e devoção, pelo Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado. Elaboramos, em conjunto, no ano de 2005, um amplo estudo acerca das carências e demandas institucionais para, depois, realizarmos um rígido planejamento institucional. Passados três anos, observo que o projeto “sedes próprias” realmente contribuiu para a sedimentação da identidade social do Ministério Público Mineiro e, em algumas Comarcas, resgatou até a dignidade do promotor de Justiça. As principais instituições do país têm sedes, prédios, enfim encontram-se instaladas em locais de acesso à população. Agora, estamos trilhando o mesmo caminho, construindo sedes com o mesmo padrão arquitetônico em todas as regiões. Estou feliz com o resultado que terá continuidade no próximo biênio. Aliás, o planejamento já está concluído até meados de 2010.



Luciano Luz Badini

MPMG JUR: Além do Projeto Sedes Próprias, o Senhor assumiu agora a Coordenação do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente. Quais são as suas principais metas e os grandes desafios nessa nova função para 2009?

Luciano Badini: Temos alguns grandes desafios. O pri-

meiro é não desapontar a classe que se acostumou com colegas qualificados na coordenação do CAOMA. Como disse anteriormente, devemos ampliar a atuação das coordenadorias das promotorias de bacias hidrográficas. O desafio é alcançar este objetivo com estrutura semelhante a que temos hoje. Já estamos trabalhando num novo planejamento a ser apresentado ao Procurador-Geral de Justiça, Alceu José Torres Marques. Outro objetivo é o de criar novas coordenadorias temáticas, como a do patrimônio histórico, cultural e turístico, coordenada pelo colega Marcos Paulo Miranda, cujo êxito é reconhecido por todos que atuam na área. Será imprescindível, ademais, facilitar o acesso do promotor de Justiça ao Centro de Apoio, com respostas rápidas às demandas apresentadas. Neste sentido, penso que a rotina de atuação implementada pelo Promotor de Justiça Edson Resende no CAO Eleitoral, muito elogiada por colegas em todo o Estado, poderia ser adotada no CAOMA. Além disto, instituiremos, a partir de fevereiro, o boletim ambiental que será quinzenal e encaminhado por e-mail ao colegas que atuam na área. O Centro de Apoio será transferido, ainda em janeiro, para a terceira torre da Procuradoria-Geral de Justiça, já que entendemos que é fundamental a proximidade com a Central de Apoio Técnico. Outras novidades devem ser mantidas em sigilo, ainda estão em gestação...

3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 Improbidade Administrativa: ilegalidade da ineficiência



Marina Dehon de Lima

Com a inclusão do princípio da eficiência no artigo 37, caput da Constituição Brasileira através da Emenda Constitucional nº 19/98, a Administração Pública passou a ter de se preocupar não só com a legalidade dos seus atos, dentre outros princípios, mas também com a efetividade deles.

A eficiência é assim definida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Alexandre de Moraes, assim o define²:

É aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir a rentabilidade social.

De tais conceitos, influi-se que o agente público deve dirigir a sua atuação visando sempre à consecução da finalidade pública, tendo em vista a movimentação qualitativa da administração destinada ao maior atendimento das demandas sociais. Isso implica dizer que ser eficiente é fazer o que se espera, de acordo com o que se deve fazer, com o menor esforço da administração e com a maior efetividade àquilo a que se destina.

Apesar dos dicionaristas não fazerem nenhuma distinção acerca da eficiência e da eficácia, aludindo aos dois termos como sinônimos, cremos que eficiência não é o mesmo que eficácia.

Eficiência é a capacidade de produzir um efeito e a eficácia é a qualidade desse efeito. Vê-se que as duas se integram, formando o conceito mais amplo dado pelos doutrinadores. Assim, embora a Constituição Espanhola tenha incluído a eficácia como princípio, na verdade, a eficiência contém a eficácia. Eficiência é conseguir o melhor rendimento que se espera com o mínimo de erros, além de ser a virtude de se conseguir um determinado efeito. Já a eficácia, contida no primeiro, é conseguir através do efeito anterior, a plena qualidade do resultado.

Com essas breves noções, quando a Lei de Improbidade (8.429/92) dispõe no seu artigo 11 que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, dentre outros, significa que não ser eficiente é conduta ilegal e importa em ato de improbidade.

Isto porque da norma prevista no artigo 37, caput, da Constituição, emana um comando legal de ordem, no qual a administração está obrigada a obedecer aos princípios ali elencados. Logo, a ineficiência é ilegalidade flagrante. Com efeito, importa dizer que todos os atos administrativos discricionários ou vinculados, programas, projetos e toda ação administrativa devem ser plenamente eficientes e, por conseguinte eficazes, pois, caso contrário, pode estar-se incorrendo em ato de improbidade administrativa por violação de princípio.

Destacamos todavia que, para que o administrador incida nas sanções previstas no artigo 11 da Lei 8.429/92, ou seja, violando os princípios da administração pública, deverá existir conduta dolosa do agente, comissiva ou omissiva que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou não cause lesão ao patrimônio público; violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; atentado contra os princípios da Administração (todos) e por fim, existência de nexo causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da administração.

Desse modo, tendo em vista que é dever dos agentes públicos pautarem suas ações sempre tendo em vista a estrita obediência aos princípios orientadores da Administração Pública, influi-se que o contrário não coaduna com os preceitos

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005. p.84.

² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p.108.

constitucionais, sendo absolutamente ilegal. Logo, a ineficiência é forma de ilegalidade, que sujeita os responsáveis ao ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos, na forma da lei.

neração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos, na forma da lei.

Referências Bibliográficas

- COSTA, José Armando da. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2005.
 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros: 1995.
 HOUAISS, Antônio (1915-1999) e Villar, Mauro de Salles (1939). Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
 JUNIOR, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo: RT, 2006.

3.1.2 A manutenção da “identidade constitucional”

Mariano Henrique Maurício de Campos
Mestrando em Direito Público pela PUC Minas.

RESUMO

Os paradigmas constitucionais do Estado Moderno e as influências recebidas pelo Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal. A identidade do sujeito constitucional frente ao quadro de constantes reformas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE

SOBERANIA POPULAR; DEMOCRACIA; IDENTIDADE CONSTITUCIONAL.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Paradigmas do Estado Moderno. 3. Democracia na Constituição de 1988. 4. Modalidades de participação direta na Constituição. 5. O “povo” e a identidade constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, discorro sobre os paradigmas constitucionais do Estado Moderno para compreensão do significado histórico desses modelos na concretização do Estado Democrático de Direito que tanto se busca. Em seguida, destaco alguns pontos que considero importantes em relação à soberania popular na Constituição de 1988, dado que este princípio é um marco importante atinente a democracia. O próximo passo é destacar as contribuições doutrinárias acerca da identidade do sujeito constitucional, do pluralismo e sobre o aspecto da busca de legitimidade dos textos constitucionais a partir da referência ao povo. Por fim, concluo com apontamentos sobre os temas perpassados durante a trajetória já descrita alhures, assumindo uma posição frente ao objetivo deste trabalho.

2 PARADIGMAS DO ESTADO MODERNO

Passo a discorrer primeiro acerca dos paradigmas constitucionais do Estado Moderno, vez que não há como falar do Estado Democrático de Direito, como será feito, sem mencionar características gerais tanto do paradigma do Estado liberal quanto do paradigma Estado Social de Direito.

O Estado Moderno surgiu em contraposição ao Estado Absolutista da Idade Média, em que os soberanos detinham todo o poder, com a justificativa baseada na vontade divina, não

havendo distinção entre o direito, religião, tradição, costume e moral¹. O Constitucionalismo Moderno é fruto das Revoluções da Inglaterra em 1688, dos Estados Unidos em 1776 e da França em 1789. Não obstante, há quem diga que desde a Magna Carta de 1215 já se possa falar em Constituição Moderna, dado o fato deste texto possuir dois elementos essenciais do constitucionalismo: a declaração dos direitos fundamentais e a limitação do poder do Estado².

O primeiro paradigma constitucional de Estado foi o denominado Liberal. Surgiu basicamente no século XVII, cuja característica de destaque era o culto à liberdade individual através da positivação de normas jurídicas de cunho negativo, pois visavam principalmente à limitação da atuação do Estado sobre os particulares.

Outro fato de relevância é o surgimento de uma organização política através da divisão de poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário - independentes e harmônicos entre si. Naquele tempo, toda essa estrutura foi criada a fim de garantir a manutenção do individualismo burguês, classe que predominava sobre o proletariado detentor da mão-de-obra, o que proporcionou o surgimento e afirmação do paradigma constitucional do Estado liberal até o início do século XX.

Na democracia liberal, a igualdade política estabelecida entre os indivíduos, meramente formal, engendrou uma sociedade

¹ BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000:53

² Nesse sentido, MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Constitucionalismo e ideologia**. IN GONÇALVES, Moisés Augusto e MAGELA DE FÁTIMA, Geraldo (orgs). **Outros olhares – debates contemporâneos** – Vol.I Belo Horizonte: Editora Leiditathi 2008:85.

desequilibrada. A livre concorrência favoreceu o acúmulo de bens pela burguesia em detrimento dos segmentos proletariados. O Estado abstencionista, incapaz de superar injustiças sociais, viu-se questionado pelos segmentos marginalizados, anotando-se que o Manifesto Comunista afirmou-se como marco das declarações de direitos dos excluídos.³

Apesar dos problemas sociais gerados pelo paradigma liberal, é preciso ressaltar duas contribuições importantes para o paradigma do Estado democrático de direito: a organização política através da separação dos poderes, através do sistema de freios e contrapesos e a organização jurídica com a complementação pela teoria positivista face à instituição de normas que visavam à limitação da atuação do Estado.

O excesso formal do Estado liberal e a sua incapacidade de superar as demandas sociais são causas justificadoras da ruptura que gerou a construção do paradigma do Estado Social, pois a simples previsão legal de normas que dispunham sobre igualdade, liberdade, não foi suficiente para que tais direitos fossem estabelecidos. O capitalismo crescente criou uma distância social ainda maior entre o proletariado e a burguesia, ao passo que os ordenamentos jurídicos privilegiavam as liberdades individuais e o respeito às minorias, a democracia, o sufrágio universal etc.

Os sistemas normativos passam a conter orientações gerais conciliando direitos de liberdade e direitos sócio-econômicos, sendo que as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) foram as primeiras a trazer os chamados direitos sociais. Surgem as políticas públicas de inclusão social com objetivo de materializar os direitos fundamentais.

O Welfare State – O Estado de bem-estar social – foi intensificado após a Segunda Guerra mundial e possibilitou o crescimento econômico dos Estados industrializados, o que gerou também determinadas garantias relativas à relação de trabalho, seguridade social, saúde, educação, habitação; gerando a função estatal paternalista, tentando reduzir desigualdades sociais.⁴

Porém, apesar da contribuição para o surgimento de determinados direitos sociais, o Estado do bem-estar social tem uma atuação onerosa. A situação econômica vai tornando-se instável a ponto de não justificar mais tanta intervenção estatal na individualidade dos cidadãos, somado ao fato de que o Estado Social criou um autoritarismo desprovido de qualquer expressão da vontade popular, exemplificado nos regimes da Itália fascista e a Alemanha Nazista. No Brasil, a intervenção estatal também produziu seus efeitos, por exemplo, com a criação de várias empresas estatais como a Telebrás (comunicação), Petrobrás (petróleo), Eletrobrás (energia) e outras.

No esteio dos novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista e os de luta pelos direitos das minorias, além dos movimentos contraculturais, que passam a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, a “nova esquerda”, a chamada esquerda não-estalinista, a partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar – denunciando os limites e o alcance das políticas públicas,

as contradições entre capitalismo e democracia, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária, desligada das aspirações populares, cunha a expressão Estado Democrático de Direito.⁵

Assim como no paradigma liberal, o Estado social contribuiu para a implementação do paradigma do Estado Democrático de Direito através dos Direitos Sociais, que na Constituição de 1988, por exemplo, possuem status de direitos e garantias fundamentais. A proteção à saúde, educação, moradia, cultura, lazer, relação de trabalho e outros são herança do paradigma constitucional do Estado Social.

A Constituição Federal promulgada em 1988 é o resultado das dificuldades encontradas pelo Estado social brasileiro na tentativa de manter o seu paternalismo, somado com a irrisignação do povo com o autoritarismo que se arrastou durante o período da ditadura militar. O Constituinte originário primou pela intervenção do povo no poder, através do princípio democrático contido no artigo 1º, parágrafo único, momento em que passou a conceber os direitos e interesses difusos e coletivos tais como o do consumidor, os de proteção ao meio ambiente, à criança e o adolescente e ao idoso.

A partir da insatisfação popular com o regime ditatorial, surgem os grandes movimentos que passaram a lutar e pressionar as autoridades em busca da chamada democratização, ou seja, a participação popular de fato, com a sociedade civil passando a discutir questões relevantes no tratamento da coisa pública e o interesse comum⁶.

3 DEMOCRACIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

É a partir da previsão do artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal que se dará início à contextualização do que seja a democracia para o ordenamento jurídico. A base do paradigma do Estado democrático de direito para o Poder Constituinte Originário de 1988 é necessariamente o fato de que todo poder emana do povo – princípio da soberania popular – que o exerce de forma direta ou através de seus representantes – democracia participativa e representativa.

As formas de manifestação popular no processo de elaboração das leis, a direta e a indireta, não são excludentes, pelo contrário, são formas que se complementam, já que nos instrumentos de participação direta – referendo, plebiscito e iniciativa popular – os mandantes e mandatários atuam cooperativamente.

O mandato outorgado pelo povo, através da eleição dos seus representantes, é diferenciado daquele existente na esfera privada. A representação política traz em si uma independência do mandatário em relação ao mandante, ou seja, não há necessariamente a manifestação da vontade de quem dá os poderes inerentes à representação democrática.

A representação política tem como ponto de partida a teoria da soberania nacional e a soberania nacional conduz ao governo representativo. É que a soberania reside indivisivelmente na Nação, não podendo qualquer indivíduo ou

³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001: 274/275.

⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001: 294/295.

⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002:62.

⁶ Nesse sentido, MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Constitucionalismo e ideologia*. IN GONÇALVES, Moisés Augusto e MAGELA DE FÁTIMA, Geraldo (orgs). *Outros olhares – debates contemporâneos* – Vol.I Belo Horizonte: Editora Leiditathi, 2008:91.

grupo de indivíduos invocar, por direito próprio o exercício da soberania nacional.⁷

Mas, apesar do texto constitucional garantir a participação popular no direcionamento do Estado, o que se nota na história do país é apenas uma democracia formal, já que, com exceção dos regimes autoritários de 1937 e 1964, as demais constituições tiveram como base o regime democrático formal, no entanto, sob a ótica dos detentores do poder econômico em detrimento de uma parcela da população que está excluída do acesso aos meios necessários de uma sobrevivência digna. Além disso, o país atravessa uma crise no parlamento, face às seguidas demonstrações de desrespeito com a coisa pública conforme noticiam os jornais e telejornais, como por exemplo o desbaratamento do esquema conhecido por “Mensalão” e as recentes denúncias sobre o uso irregular de “cartões corporativos”.⁸

Não basta que as garantias individuais e de pleno exercício do poder (art. 1º e 5º da CF/88) estejam formalmente criadas, sendo que na realidade a sua ineficiência gera diversos problemas sociais ligados ao desemprego, habitação, saúde, segurança pública, educação etc. Sobretudo, é necessária uma melhor distribuição das riquezas para que a população esteja mais propícia a participar e fazer valer a sua vontade perante o corpo político instaurado e, a partir disso, possibilitar que o princípio da soberania popular formalizado na Constituição Federal seja efetivamente utilizado.

A ideia do sistema representativo lançada pelo Estado liberal justifica-se no fato de que não haveria condições técnicas e de infraestrutura para que o cidadão pudesse exercer sua vontade política, já que o capitalismo faz com que o indivíduo se debruce sobre o trabalho para garantir a sobrevivência, a produção, acúmulo de riquezas e consumismo desenfreado, ao contrário da democracia grega, onde os cidadãos tinham tempo livre para discutir e exercer a vontade política já que a sua sobrevivência era garantida pelos escravos.

Percebo, mesmo com a nova roupagem que foi dada à República Federativa do Brasil com a Constituição de 1988, que a realidade vivenciada faz parecer que o Estado Liberal ainda não se foi, ou seja, formalmente existem as garantias dos direitos e interesses difusos e coletivos, mas o acúmulo de riquezas, desigualdades sociais e um quadro cada vez maior de insatisfação popular com as políticas públicas persiste, conforme recentemente foi noticiado pelos jornais e telejornais o problema de saúde pública no Rio de Janeiro com a epidemia de “dengue”.

Resta claro que a democracia na Constituição Federal é representativa na sua essência, podendo ser utilizados determinados institutos de participação direta, os quais estão elencados no artigo 14 da Constituição de 1988.

O regime político adotado pela Constituição de 1988 funda-se no princípio democrático. O Preâmbulo e o art. 1º enunciam de maneira insofismável. Só por aí se vê que a Constituição institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a

liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária sem preconceitos (art. 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, no valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Trata-se, assim, de um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (parágrafo único do art.1º)⁹.

De maneira geral, o povo exerce o poder através dos seus representantes, que na esfera federal se resume aos Deputados Federais, que compõem a Câmara dos Deputados. Os Senadores representam os interesses dos entes federados. Essas casas juntas formam o Congresso Nacional.

A divisão do processo legislativo em bicameral, ou seja, necessidade de aprovação das leis nas duas casas – Câmara dos Deputados e Senado – é algo que remonta às primeiras Constituições do Brasil. Na verdade, sempre houve o bicameralismo no Brasil, no entanto, as mudanças foram relativas aos tipos de bicameralismo.

Na República, o bicameralismo se iniciou sob o modelo do bicameralismo federal e de equilíbrio, na Constituição de 1891. O bicameralismo de equilíbrio sofreu considerável mutilação no bicameralismo incompleto ou monocameralismo temperado da Constituição Federal de 1934; recebeu as regras dominantes do regime político no bicameralismo autoritário da Carta nominal de 1937, para readquirir os traços perdidos do bicameralismo de equilíbrio na Constituição Federal de 1946. O bicameralismo de equilíbrio se desfez com o advento do processo legislativo da Constituição Federal de 1967m dominado pelo comando do Presidente da República e pelas regras de aceleração da deliberação congressual¹⁰.

O processo Legislativo abarca diversos atos que, de forma sistematizada, passam pela fase iniciativa, preparatória, deliberativa, controle e comunicação. Está previsto no artigo 59 da Constituição Federal e compreende a elaboração de emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas e medidas provisórias.

Com a Constituição de 1988, o sufrágio universal é garantido a todos os maiores de 16 anos de idade, independentemente de classe social, poder econômico, sexo ou cor. O sigilo do voto também é protegido pela Constituição. Através das eleições, os cidadãos outorgam poderes para que os seus representantes participem do processo de criação das leis, que representariam a vontade popular junto ao Estado, sendo que cabe à população o respeito às leis, pois ninguém pode alegar que as desconhece.

4 MODALIDADES DE PARTICIPAÇÃO DIRETA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ligados ao exercício da soberania popular, na forma do artigo 14, incisos I a III da Constituição Federal, existem ainda três formas de manifestação do povo, que é concretizada pelo plebiscito, referendo e iniciativa popular. Estas três formas carac-

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002:113

⁸ A crise político-jurídica também é flagrada por CRUZ: “A multiplicação de medidas provisórias, denotando desmensurado crescimento institucional do Poder Executivo, é acompanhada por um acovardamento incoseqüente do Poder Legislativo, muito mais preocupado com interesses, ora escusos, ora meramente eleitoreiros, de seus membros”. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006:198)

⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2006:46.

¹⁰ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003:535/536.

terizam-se pela maneira direta com que cada indivíduo exerce a sua vontade, dentro do paradigma democrático, pois o processo é idêntico ao processo eleitoral, o povo vai às urnas e vota, manifestando o seu desejo relativamente às decisões fundamentais da sociedade.

A democracia participativa é exercida através do plebiscito, referendo e iniciativa popular, sendo que o primeiro deve ser convocado e o segundo autorizado pelo Congresso Nacional, conforme previsão do artigo 49, inciso XV da Constituição Federal. Já a iniciativa popular deverá preencher os requisitos do artigo 61, §2º da CF/88.

Portanto, destaco a imposição da Constituição Federal no que tange a obrigatoriedade do processo legislativo para criação das emendas constitucionais, leis complementares, ordinárias e delegadas, além das medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Somente com este processo, que possui titularidade imediata nos membros da Câmara dos Deputados e do Senado é que o povo cria as leis que vão vigorar no país, estas que são o fruto maior do exercício da vontade popular, uma vez que, sendo o Brasil um Estado de Direito, só é governado com base no ordenamento jurídico que é criado através do processo legislativo, com todas as premissas históricas do constitucionalismo moderno já referidas¹¹.

A manifestação direta da vontade popular possui suas origens históricas na Grécia, pois as questões fundamentais da sociedade da época eram decididas pelos cidadãos, que se reuniam em assembléia e exerciam a democracia direta na Ágora. Com a evolução da sociedade e com o aumento populacional desde aqueles tempos, a democracia direta tornou-se inviável. Atualmente, existe a chamada democracia participativa, em que a população é chamada a opinar sobre assuntos de relevância. Co-existente a esta, existe a democracia representativa, ou seja, é a situação em que a opinião popular é expressa pelos representantes eleitos, os quais tornam-se os legisladores.

Além da participação indireta, por intermédio das Casas Legislativas que compõem o Congresso Nacional, o exercício da democracia, como dito, também pode ser efetuado diretamente, através dos mecanismos dispostos no artigo 14, incisos I, II e III, ou seja, através de plebiscito, referendo e iniciativa popular.

O plebiscito é um instrumento que busca uma manifestação dos eleitores acerca de um fato ou acontecimento, no sentido de se aprovar ou não determinadas opções existentes sobre de uma determinada decisão que precisa ser tomada, sendo uma forma de se dividir o poder de decisão entre os mandantes e mandatários na democracia representativa. Isso significa que é realizada uma consulta popular sobre algo de importância para o Estado.

O referendo, por sua vez, dá a idéia de ratificação já que a norma é proposta pelos mandatários na democracia representativa, mas a decisão pela sua vigência é do eleitor. O seu objeto é matéria normativa, sendo que poderá ser convocado para constituir, revogar, conservar ou modificar as normas. Aqui a consulta é realizada após o ato praticado pelo Estado, ou seja, o povo é

chamado a aquiescer ou não com o que foi praticado.

Já a iniciativa popular, conforme definido no artigo 61, §2º da Constituição Federal, é a apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por pelo menos um por cento dos eleitores, distribuídos em pelo menos cinco Estados, sendo que em cada ente federativo o percentual de eleitores não pode ser menos que três décimos.

De qualquer forma, a soberania do povo implica a sua participação política, pois a sua vontade é legitimadora do processo democrático. Além disso, deve haver uma compensação igualitária de interesses, através da liberdade comunicativa.

Na linha da Teoria do Discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Além disso, o princípio da soberania do povo pode ser considerado diretamente sob o aspecto do poder. A partir deste ângulo, ele exige a transmissão da competência legislativa para a totalidade dos cidadãos que são os únicos capazes de gerar, a partir de seu meio, o poder comunicativo de convicções comuns.¹²

Verificando bem cada um desses institutos que autorizam a manifestação direta da população no processo de criação das leis, vejo que, apesar do artigo 14 da CF/88 dizer que tais institutos são, também, uma forma de exercício da soberania popular, a democracia no país - direta ou indireta - acaba sendo controlada pelos próprios parlamentares, permitindo a conclusão de que não há como o povo, titular do poder (art.1º par. Único da CF/88), fazer valer a sua vontade justamente pelo fato da outorga de mandato eletivo não vincular a pessoa que recebe os poderes de representação popular, o mandatário; logo, embora presente toda a legalidade exigida pelo texto constitucional, a legitimidade desses representantes resta comprometida consoante dispõe MÜLLER.

A possibilidade de um “governo do povo” é reduzida uma vez mais pela realidade de um Estado partidário, que transforma os deputados de fato em delegados do seu corpo político e das bancadas parlamentares, em vez de delegados do povo.¹³

5 O “POVO” E A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Nesse sentido, o “povo” passa a ser tratado como força de legitimação do texto constitucional, mas apenas em sentido formal. Segundo a classificação dada por MÜLLER, trata-se do “povo icônico”.

Não se trata do povo ativo, nem do povo de atribuição, menos ainda o povo exerce a dominação real. Mas é como se estivesse exercendo a dominação real, como se tivesse agido de forma mediada, como se legitimasse por meio da lealdade mediada por normas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em desrealizar a população, em mitificá-la, instituí-la como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para a poder-violência.¹⁴

A realidade do país no que tange ao Legislativo é preo-

¹¹ Cf MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Constitucionalismo e ideologia**. IN GONÇALVES, Moisés Augusto e MAGELA DE FÁTIMA, Geraldo (orgs). **Outros olhares – debates contemporâneos** – Vol.I Belo Horizonte: Editora Leiditathi 2008.

¹² HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade** - 2. ed. - Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003:213.

¹³ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. Editora Max Limonad. São Paulo: 2003:128/129.

¹⁴ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. Editora Max Limonad. São Paulo: 2003:67.

cupante, dado o fato de que em quase 20 anos de Constituição, foram realizadas mais de 50 Emendas Constitucionais, tratando dos mais variados assuntos. Para um texto Constitucional que é considerado um dos mais extensos, entendo que é inadmissível um número tão alto de Emendas, o que por certo prejudica a sistematicidade e unidade da Constituição, que passa a virar uma “colcha de retalhos”, quando se sabe que na realidade existem diversos interesses por trás da promulgação e alteração do texto.

A Ditadura do empresariado e dos generais, apoiada pelos Estados Unidos, tentou se legitimar com as constituições autoritárias (e desrespeitadas pelo próprio governo ditatorial) de 1967 e 1969. Essas constituições têm caráter autoritário e permanecem até a Constituição de 1988, típica Constituição Social que introduz, entretanto, o novo conceito de Estado Social e Democrático de Direito.¹⁵

Diante desse quadro, a concretização do Estado Democrático de Direito fica comprometida, tornando uma utopia os objetivos da República Federativa do Brasil. Apesar da menção ao respeito ao pluralismo, diminuição das desigualdades etc. temo que com a intensidade e rapidez com que se faz Emendas à Constituição, em breve o país se veja submetido a um texto constitucional totalmente diverso daquele promulgado em 1988.

A identidade do sujeito constitucional, conforme conceito desenvolvido por ROSENFELD¹⁶, pode ser abalada vez que a proposição de Emendas sem qualquer critério é o meio propício para reforma integral do texto (mesmo com a previsão do artigo 60,§4º), sem a necessidade de se convocar nova Assembléia Constituinte, com o escopo de positivar normas jurídicas que possuam finalidade de consagrar interesses apenas de determinados grupos de interesses que tenham influência sobre os parlamentares.

Não restam dúvidas de que o pluralismo da sociedade atual é um componente que coloca dificuldades na identificação deste sujeito constitucional, como se poderia fazer em sociedades de classes sociais bem divididas como na Idade Média, já que havia apenas a nobreza, o clero e a plebe. Por isso, destaco o importante papel do Estado Democrático de Direito e também do legislador, à medida que seu trabalho deve ter em conta a necessidade de incluir o maior número possível de projetos de vida dos vários grupos sociais.

Ao contrário, o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contempo-

rânea, e que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida sem se interferir na auto-identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõem uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade¹⁷.

Quanto ao processo de reforma da constituição, é importante salientar o entendimento extraído das palavras de OLIVEIRA¹⁸, opinião com que compartilho, pois acredito também que o texto constitucional não está à disposição do constituinte derivado e se a limitação já existente no artigo 60,§4º da Constituição de 1988 não é suficiente, que a população brasileira lute, através dos mecanismos de participação direta (iniciativa popular), para introdução de mecanismos que dificultem ainda mais a ação desmedida do poder constituinte derivado.

Diante do que foi exposto ao longo do trabalho, acredito que a luta da população brasileira deve ser pela defesa das conquistas sócio-político-jurídicas alcançadas com a democratização do país em 1988, que originou um texto constitucional relevante e inspirador para o restante do Mundo, sendo tarefa de cada cidadão fazer com que não se perca de vista as inspirações que levaram à promulgação daquele texto, que possibilitou a abertura de um país para o desenvolvimento social, econômico e cultural num momento pós-ditadura militar.

Assim, a Constituição do Estado Democrático de Direito deve ser compreendida, fundamentalmente, da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, que se dá ao longo do tempo histórico e que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação da sociedade política, em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto, aberto ao futuro, de construção de uma república de cidadãos livres e iguais. Tal projeto deve ser levado adiante de uma forma reflexiva e por isso envolve a defesa de um patriotismo constitucional.¹⁹

O papel do Estado Democrático de Direito é a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, a redução das desigualdades e a consecução dos objetivos da nossa República, sem deixar de lado um desenvolvimento crítico-reflexivo do pensamento político, que deve sempre levar em conta a participação direta da população não só no processo de crescimento, mas também quando tal processo tiver que perpassar por reformas do texto constitucional, com vistas à manutenção de uma cultura político-jurídica e de um patriotismo.

¹⁵ MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Constitucionalismo e ideologia**. IN GONÇALVES, Moisés Augusto e MAGELA DE FÁTIMA, Geraldo (orgs). **Outros olhares – debates contemporâneos** – Vol.I Belo Horizonte: Editora Leeditathi 2008:91.

¹⁶ Para o autor, a identidade do sujeito constitucional não poderá ser representativa de todos os que se encontram sob o seu âmbito, mas o “melhor equilíbrio entre o *self* e o ‘outro’ que o sujeito constitucional pode esperar alcançar é aquele no qual o máximo possível de diferenças encontrem guarida na postura inclusiva em relação ao outro interno. ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**; tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003:114.

¹⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica Constitucional e Pluralismo**. IN. SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001:54.

¹⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007:08.

¹⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007:44/45.

3.1.3 Breves comentários acerca do efeito repique nas gratificações funcionais

André Pataro Myrrha de Paula e Silva

Analista do Ministério Público de Minas Gerais, especialidade Direito

Gratificações, nas precisas palavras de JUSTEN FILHO¹, “*são vantagens pecuniárias vinculadas às condições pessoais do ocupante do cargo ou às condições diferenciadas em que o sujeito desempenha a atividade.*” Cumpre ressaltar, entretanto, que apesar de ser considerada vantagem pecuniária, não se confunde com o vencimento básico do servidor. Ensina José Afonso da Silva² que

Os termos vencimento (no singular), vencimentos (no plural) e remuneração dos servidores não são sinônimos. Vencimento, no singular, é a retribuição devida ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo (...). Vencimentos, no plural, consiste no vencimento acrescido das vantagens pecuniárias fixas (...). Remuneração, sempre significou, no serviço público, uma retribuição composta de uma parte fixa (...) e outra variável, em função da produtividade (...) ou outra circunstância.

As gratificações, de acordo com a doutrina, são calculadas sobre o vencimento básico do servidor. Entretanto, para os servidores que recebem mais de uma gratificação, surge uma dúvida. As gratificações posteriores incidiriam sobre o vencimento básico ou sobre o vencimento acrescido de gratificações já devidas?

Pois bem. Admitindo-se a incidência de gratificação ulterior sobre a remuneração, teríamos uma ofensa patente ao artigo 37, XIV, da CF/88, que dispõe que “*os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores.*”. Assim decidiu o STF:

Gratificação de tempo integral e dedicação exclusiva. Incorporação ao vencimento básico. (...) Manifesta contrariedade ao art. 37, inc. XIV, da Carta da República, que veda o cômputo dos acréscimos pecuniários ao padrão de vencimentos dos servidores, para fins de concessão de acréscimos posteriores.” (RE 167.416 Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 20-9-94, DJ de 2-6-95).

Comentando o artigo em referência, Alexandre de Moraes³ ensina que:

A Constituição veda o denominado efeito-repique, isto é, que uma mesma vantagem seja repetidamente computada sobre as demais vantagens, ao prever no inciso XIV, do artigo 37 que os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores. A proibição alcança, inclusive, os proventos da aposentadoria, como definiu o Superior Tribunal de Justiça ao decidir que “Constituição em vigor

veda o repicão, isto é, que uma mesma vantagem seja repetidamente computada, alcançando a proibição os proventos da aposentadoria”. O legislador reformador pretendeu, com a alteração proposta pela EC n.º 19/98, tornar mais clara a norma proibitiva de cumulação de acréscimos pecuniários, sem contudo alterá-la em sua essência”.

No mesmo sentido entende o Professor Ivan Barbosa Rigolin⁴, ao esclarecer que:

Atualmente, após a EC 19, nem mesmo é necessário que os acréscimos tenham nem o mesmo título nem o mesmo fundamento: qualquer acréscimo à base remuneratória do servidor (vencimento ou salário) não poderá ser considerado para a concessão de qualquer outro, mesmo que devido por motivo completamente diverso. (...) Isto significa simplesmente que **todo e qualquer acréscimo remuneratório de servidor público – vantagens, acessórios, adicionais, gratificações – apenas poderá incidir sobre a base primária, originária, “seca”, intocada, básica, própria de quem ingressa por concurso no patamar inicial de cada cargo, (...).**

Trata-se do efeito repique, ou efeito cascata. Em precisa análise acerca do tema, Marçal Justen Filho⁵ ensina que “*as vantagens pecuniárias não incidem “em cascata” (cumulativamente, uma sobre outras). Ou seja, o valor do vencimento-base constitui o parâmetro para o cálculo das vantagens, sem que uma incida sobre a outra.*”. Anteriormente à EC n.º 19/98, havia a possibilidade de incidência de uma gratificação sobre outra, desde que não tivessem por base o mesmo título ou o mesmo fundamento. Após a Emenda, foi suprimida a referida ressalva, coibindo qualquer tipo de incidência em cascata de gratificações. Tal providência é extremamente salutar, haja vista que essa incidência pode gerar grandes prejuízos orçamentários à Administração. Esse foi o entendimento do STF, na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 3**, ao afirmar que o efeito cascata inviabiliza o gerenciamento da folha de pagamento nos Estados e municípios. Não é por outro motivo que o TCU se referiu ao tema no Processo nº TC 020.266/1992-8 por “*pernicioso efeito cascata*”. Continua ainda o Ministro do TCU,

Assim, entendo pertinente esclarecer ao órgão, como proposto pela Sefip, que para evitar que se produza indevidamente o chamado “efeito cascata” nos vencimentos dos servidores os valores decorrentes de decisões judiciais, quando expressamente imunes de absorção pelos aumentos salariais subsequentes, devem ser considerados, desde o momento inicial

¹ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 635.

² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 663-665.

³ MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional Administrativo, 19ª, Ed. Atlas, 2002, São Paulo, p. 193.

⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público nas reformas constitucionais*. 2ª ed. amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 57.

⁵ op. cit 3, p. 635.

em que devidos, como vantagem pessoal nominalmente identificada (VPNI), sujeita exclusivamente aos reajustes gerais do funcionalismo, sendo vedado o seu pagamento, de modo continuado, sob a forma de percentual incidente sobre quaisquer das demais parcelas integrantes da remuneração dos beneficiários.

O TJ/MG, ao se manifestar sobre o tema, bem esclarece a questão:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. FISCAIS E AGENTES DE TRIBUTOS DO ESTADO. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. QUINQUÊNIO. EC19/98. MUDANÇA DA BASE DE CÁLCULO. GEPI. INCIDÊNCIA SOBRE O VENCIMENTO-BASE. ILEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XIV, DA CF/88. PRECEDENTES DESTA EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Consoante orientação jurisprudencial deste eg. Tribunal de Justiça, o art. 3º da Lei Estadual 46/00, que cuida da adoção da base de cálculo dos adicionais por tempo de serviço fere o inciso XIV do art. 37 da CF, pois está possibilitando o vedado efeito 'cascata', já que uma vantagem pecuniária estaria sendo repetidamente computada sobre outra. 2. A Constituição Federal de 1988 proíbe a superposição de vantagens pecuniárias, o que significa que as gratificações ou adicionais percebidos pelo servidor não incidem na base de cálculo dos acréscimos posteriormente concedidos. 3. Nega-se provimento ao recurso. (1.0024.05.628856-6/001. Relator: CÉLIO CÉSAR PADUANI. Data do Julgamento: 14/09/2006. Data da Publicação: 19/09/2006).

Resolvida a questão acerca da impossibilidade de incidência em cascata de gratificações, como resolver a situação dos servidores que possuíam esse direito antes da EC nº 19/98? Existiria direito adquirido? Na hipótese de direito anterior à CF/88, não há que se falar em direito adquirido, haja vista ser o Poder Constituinte originário ilimitado e incondicionado. Nesse sentido, entende o STF:

PROCURADORES DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ADICIONAIS. CÁLCULO SOB A FORMA DE "CASCATAS". LEI POSTERIOR QUE ALTEROU A FORMA DE CONTAGEM. DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. ALEGADA AFRONTA AOS ARTS. 17 DO ADCT E 37, XIV, DA CARTA FEDERAL. O acórdão recorrido, ao assegurar a membros da Procuradoria do Estado do Espírito Santo o direito de continuarem percebendo, por efeito de lei revogada, adicionais por tempo de serviço calculados sob a forma de "cascata", com fundamento em direito adquirido, eximindo-os da aplicação de lei nova que determinou passasse a aludida vantagem funcional a ser-lhes atribuída na forma prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos, incorreu em flagrante afronta às regras dos arts. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e 37, XIV, do texto permanente da Carta Federal. Provimento do recurso. (RE 143817).

Nessa linha de raciocínio, as normas advindas do Poder Constituinte derivado, que é limitado e condicionado, deveriam, portanto, respeitar o direito adquirido. Entretanto, divergiam as turmas do STF quanto aos efeitos de Emendas à Constituição no que se refere ao respeito ao direito adquirido. Entendia a Primeira Turma do Supremo que:

EMENTA: SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACÓRDÃO QUE, AFASTANDO A ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COISA JULGADA, NÃO LHES RECONHECEU O DIREITO DE RECEBER VENCIMENTOS COM A RECÍPROCA INFLU-

ÊNCIA DE ADICIONAIS TEMPORAIS E SEXTA-PARTE. Acórdão recorrido que assentou que a coisa julgada não poderia ser invocada na espécie, e o fez com esteio tanto no fato de que os recorrentes haviam optado pela nova estrutura remuneratória estabelecida pela LCE 546/88, a qual, ao que tudo indica, à época lhes era mais favorável, quanto, também, porque, em face do advento da nova Constituição Federal a vantagem da recíproca incidência de adicionais não mais é permitida. (RE nº 204830).

Baseava-se esse entendimento essencialmente no artigo 37, XIV, da CF/88 e no artigo 17 do ADCT, que dispõe que "*os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título*". Nesse sentido a seguinte decisão:

Servidor público. Agente fiscal de rendas. Cômputo de vantagens funcionais. Lei Complementar 567/88 do Estado de São Paulo. Alegação de afronta à coisa julgada. - Como bem acentuou o acórdão recorrido, a sentença anterior transitada em julgado foi devidamente cumprida, e a força da coisa julgada persiste apenas para que o que foi dado com base nela não seja retirado, como afirma a recorrida (e não se demonstrou o contrário) que não o foi, mas não para impedir, sob o fundamento de retroatividade inexistente na espécie, que em enquadramentos decorrentes de legislação posterior sejam eles balizados por critério de cálculo diverso do determinado por decisão anterior e que é contrário à nova lei vigente, máxime quando estão em causa, também, vedações constitucionais (artigo 37, XIV, da Constituição Federal de 1988, e artigo 17 de seu ADCT). Recurso extraordinário não conhecido. (RE nº 158.853).

Interessante notar que a despeito de estabelecer a inoponibilidade de direito adquirido quanto ao efeito repique das gratificações, permite que os efeitos da coisa julgada permaneçam no tocante aos rendimentos auferidos anteriormente à promulgação da Constituição Federal.

Por sua vez, a Segunda Turma do STF entendia que o saneamento das finanças públicas, principal razão para a vedação do efeito cascata, não poderia se realizar às custas do desrespeito a direito individual constitucionalmente garantido pela CF/88, sob o pálio do direito adquirido. Segue trecho do julgado da **SSPR1711 / CE**:

os agravantes lograram, via incorporação e, portanto, estabilidade financeira remuneratória, a integração, aos vencimentos, de certas parcelas. Pois bem, conforme consta da peça inicial, acionou-se o disposto no artigo 37, incisos XIV e XV, da Carta da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Mais do que isso, empolgou-se o artigo 29 contido na citada emenda, segundo o qual "*os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título*". O preceito mencionado é próprio não ao poder constituinte derivado, mas ao originário. Em um Estado Democrático de Direito, é básico observar-se as situações devidamente constituídas, e, sob tal ângulo, isso não se verificou na espécie dos autos. Mesmo assim, veio o Estado do Ceará a lograr a suspensão de medida acauteladora implementada em mandado de segurança e, numa visão de todo improcedente, o sobrestamento da própria ação constitucional. Há de sanear-se finanças públicas, mas isso não

pode ocorrer com menosprezo às situações constituídas, ou seja, alcançadas nos termos da legislação de regência então em vigor. O respeito a estas últimas não pode ser visto como algo atentatório à ordem pública, econômica e financeira.

Solucionando a divergência, o Pleno do STF, nos Embargos de Divergência no RE nº 146.331-7, acolheu a tese defendida pela Primeira Turma, que entendia pela inoponibilidade do direito adquirido com relação aos vencimentos, à remuneração, às vantagens e aos adicionais, assim como aos proventos de aposentadoria recebidos em desacordo com o disposto na CF/88. Nesse sentido:

SERVIDOR PÚBLICO. Vencimentos. Vantagens pecuniárias. Adicionais por Tempo de Serviço e Sexta-Parte. Cálculo. Influência recíproca. Cumulação. Excesso. Inadmissibilidade. Redução por ato da administração. Coisa julgada

material anterior ao início de vigência da atual Constituição da República. Direito adquirido. Não oponibilidade. Ação julgada improcedente. Embargos de divergência conhecidos e acolhidos para esse fim. Interpretação do art. 37, XIV, da CF, e do art. 17, caput, do ADCT. Voto vencido. Não pode ser oposta à administração pública, para efeito de impedir redução de excesso na percepção de adicionais e sexta-parte, calculados com influência recíproca, coisa julgada material formada antes do início de vigência da atual Constituição da República”.

Portanto, após a promulgação da CF/88 qualquer acréscimo remuneratório do servidor público somente poderá incidir sobre o vencimento básico, inviabilizando assim a incidência em cascata de gratificações funcionais.

3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.4.1 SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. 194p.

Aziz Tuffi Saliba é Doutor em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais e Mestre em Direito Internacional pela University of Arizona, Estados Unidos. Foi pesquisador visitante na University of Notre Dame, Estados Unidos; membro da American Society of International Law e da International Law Association. É professor da Universidade de Itaúna.

A Carta da ONU autoriza o Conselho de Segurança (CSO-NU), diante da ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, a impor vasta gama de medidas, e até utilizar a força para se manter ou restaurar a paz e a segurança internacionais. Com base no artigo 41 da Carta da ONU, o Conselho de Segurança já criou Tribunais, determinou a entrega de indivíduos, ordenou congelamento de recursos financeiros de pessoas físicas e jurídicas,

proibiu importações e exportações, dentre outras medidas.

A presente obra cuida da análise de imposição de medidas coercitivas que não envolvam o uso da força (usualmente denominadas “sanções”). Analisa-se se existem limites à imposição de tais medidas pelo CSONU; quais são estes limites e, por fim, se há remédios adequados para eventuais transgressões perpetradas pelo Conselho de Segurança.

Não obstante, o obra aborda aspectos múltiplos e relevantes da teoria geral do Direito Internacional, trazendo temas extremamente atuais e instigantes, como por exemplo: Rodésia do Sul, Tribunal Penal para ex-Iugoslávia, oil for food e o agravamento da Crise Humanitária, Afeganistão e Taliban, constitucionalismo mundial, direitos humanos, soft power, lis pendens, targeted sanctions, entre outros.

3.1.4.2 FURLAN, Fabiano Ferreira. **Sigilo Bancário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, 282p.

O autor é Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos, Doutorando em Direito Público pela PUC-MG, além de membro do Ministério Público de Minas Gerais.

Segundo palavras de Fabiano Furlan, “este trabalho dedica-se ao estudo do sigilo bancário com a possibilidade de sua quebra, independentemente de autorização judicial, por autoridades públicas integrantes de órgãos públicos como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e outros” (p.15).

Para tanto, o autor traz um profícuo estudo acerca do sigilo bancário, desde sua origem, distinções e análise no plano de eficácia dos direitos fundamentais constitucionais.

A polêmica quanto à iniciativa de quebra do sigilo bancário veio apresentada no capítulo 4 da obra num estudo assaz

crítico, marcado por uma profundidade e precisão elogiáveis. Merece destaque a análise pormenorizada e individual que Fabiano Furlan faz em relação a cada uma das instituições as quais, em tese, estariam autorizadas a proceder diretamente à quebra do sigilo bancário, como por exemplo, o Ministério Público, o TCE, as CPI's, a Fazenda Pública, o Poder Legislativo, a COAF etc.. E mais: em cada uma dessas situações, o autor faz questão de discorrer amplamente sobre os principais debates que envolvem o tema e, ao final, fazer constar a sua posição dentro do contexto estudado.

Por fim, com base na interpretação e estudo da jurisprudência e da doutrina, Fabiano Furlan leciona sobre as repercussões que essa quebra direta teria na seara da validade da prova (prova ilícita, prova derivada e encontro fortuito).

B) Artigos

3.1.4.3 CASTRO, André Cadurin. **O direito de protesto social como tertium genus de contestação insito ao Estado Democrático de Direito**. Revista Jurídica da Universidade de Franca. Ano 9, n° 17, 2° semestre de 2007, p. 07-35.

Nesse instigante trabalho, com base nas lições de Eugenio Raul Zaffaroni, André Cadurin explica que o protesto social pode ser entendido como uma “via de reclamação coletiva, que se desloca do direito de resistência rumo à desobediência civil, à medida que se utiliza de manifestações não violenta com a finalidade de efetivar direitos fundamentais. Como reflexo da deteriorização da função social do Estado, o novo cenário jurídico-político nacional veio a proclamar o Estado Social” (p. 8).

E assim, é dentro desse cenário que o autor desenvolve suas idéias acerca de temas ligados à própria sistemática de efetivação de direitos fundamentais, de elementos legitimantes do Estado Democrático de Direito e do papel do fenômeno jurídico enquanto mediador e ao mesmo tempo sancionador. Vale citar:

O Estado Democrático de Direito é individualizado por intervenções que impliquem alterações significativas na

sociedade, de modo a transformar a realidade por meio da irradiação de valores sobre todos os elementos constitutivos do Estado, inclusive sobre a ordem jurídica.

(...)

A legitimidade do Estado de Direito está diretamente condi-

cionada aos meios utilizados para que perdure legítimo. O direito de protesto social é insito ao Estado Democrático de Direito justamente por se constituir num meio legítimo de reivindicação pr direitos fundamentais, a fim de lhe alimentar a substância. (pp. 31-32).

3.1.5 Jurisprudência da área

3.1.5.1 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Legitimidade do Ministério Público para promover a execução com base em certidão oriunda do Tribunal de Contas. Novel entendimento do STJ*

EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA PARA AJUIZAR EXECUÇÃO FUNDADA EM CERTIDÃO DE DÉBITO EXPEDIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS. PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRECEDENTE DO STJ. O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de execução de título originário dos Tribunais de Contas, não se confundindo a hipótese com o precedente do STF invocado no aresto recorrido (RE nº 223.037-1/SE, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 02.08.02), que cuidava de execução promovida pelo próprio Tribunal de Contas e, de forma hipotética, considerou o nobre relator que nem mesmo o Ministério Público que atuava junto àquele órgão, por não integrar o Ministério Público ordinário, poderia fazê-lo. (REsp n. 996.031 - MG, relator Ministro Francisco Falcão). A posição do Superior Tribunal de Justiça se amolda ao meu entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade ativa para promover execução de decisão do Tribunal de Contas, visto que se trata de tema referente à defesa do patrimônio público. Tal conclusão decorre da interpretação dos artigos 129, inciso IX, da Constituição da

República, artigo 25, inciso VIII, da Lei n. 8.625/93, artigo 6º, inciso XIV, alínea b, da Lei Complementar n. 75/93 e artigo 66, inciso X, da Lei n. 34/94.

(...)

Conheço do recurso de apelação, pois presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Não obstante a Corte Superior deste Tribunal, quando do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência n. 1.0000.06.445598-3/000, firmar jurisprudência de que o Ministério Público não possui legitimidade para executar certidão de débito expedida pelo Tribunal de Contas do Estado, divirjo deste entendimento, em razão de o Superior Tribunal de Justiça, em julgado publicado no final de mês de abril de 2008, ter acolhido a tese defendida pelo recorrente, ao dar provimento ao Recurso Especial n. 996.031 - MG interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra acórdão deste Tribunal.. (TJMG, 5ª Câmara Cível, **Apelação Cível nº 1.0137.06.001086-5/001, Rel. Des. Maria Elza, j. 17.07.2008, DJ 31.07.2008**)¹.

3.1.5.2 TJMG, Corte Superior. *Exigência de eleição para o provimento os cargos de diretor e vice-diretor escolar. Inconstitucionalidade*

EMENTA: ADIN – PROVIMENTO DOS CARGOS DE DIRETOR E VICE- DIRETOR DE ESCOLAS MUNICIPAIS ATRAVÉS DE ELEIÇÃO DIRETA – CARGO EM COMISSÃO – LIVRE NOMEAÇÃO – PRERROGATIVA DO PREFEITO MUNICIPAL – INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO DE ESCOLHA MEDIANTE ELEIÇÃO. A nomeação de diretores e vice-diretores das escolas públicas municipais, por tratar-se de cargos em comissão, é prerrogativa do Prefeito

Municipal, o que vale dizer, não se sujeita a concurso público (ou eleições). A edição de lei local que estabeleça critério de escolha, por meio de eleição, seja por professores ou alunos, ou qualquer outro segmento da comunidade escolar, é inconstitucional, por usurpar a referida competência. Precedentes deste Sodalício e do Pretório Excelso (TJMG, **Corte Superior, ADI nº 1.0000.04.412141-6/000, Rel. Des. Hyparco Immesi, j. 11.10.2006, DJ 02.02.2007**)

3.1.5.3 STF, Pleno. *Aposentadoria Especial de Professor. Contagem do tempo de serviço prestado mesmo fora da sala de aula. Interpretação conforme*

EMENTA: Tribunal concluiu julgamento de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República em que se objetivava a declaração de inconstitucionalidade da Lei 11.301/2006, que acrescentou ao art. 67 da Lei 9.393/95 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) o § 2º (“Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são

consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.”) - v. Informativo

¹ Material gentilmente encaminhado pelo Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais Dr. Rodrigo Cançado Anaya Rojas.

502. Salientando que a atividade docente não se limita à sala de aula, e que a carreira de magistério compreende a ascensão aos cargos de direção da escola, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme, no sentido de assentar que as atividades mencionadas de exercício de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico também gozam do benefício, desde que exercidas por professores. Vencidos os Ministros Carlos Britto, relator, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, que julgavam procedente o pleito, ao fundamento de que a lei impugnada ofenderia o § 5º do art. 40 e o § 8º do art. 201, da CF, a qual teria conferido aposentadoria especial não a todos os profissionais da educação, mas apenas ao professor que desempenha a atividade de docência, entendida como tal a que se passa em sala de aula, no desempenho do específico mister de ensino regular ou habitual (CF: “Art. 40. ... § 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos

em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, ‘a’, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. ... Art. 201. ... § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; ... § 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.”). Vencida, também, a Min. Ellen Gracie, que dava pela total improcedência da ação (STF, Pleno, ADI nº 3772, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowick, j. 29.10.2008, DJe 10.11.2008 – Fonte: Informativo do STF nº 526, Assessora Responsável Anna Daniela de A. M. dos Santos)

3.1.5.4 STF, Pleno. *A existência de controle difuso de constitucionalidade no STF não impede o ajuizamento de ação direta com a mesma finalidade. Prevalência do controle concentrado sobre o controle difuso*

EMENTA: Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea “b”, da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS. 1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstante o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário. 2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios

relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. 3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamentos no Supremo Tribunal Federal. (STF, Pleno, ADC-MC 18 / DF, Rel. Min. Menezes Direito, j. 13.08.2008).

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Breves linhas sobre a legitimação para agir em ações coletivas no Estado Democrático de Direito



Cynthia Lessa Costa

Cynthia Lessa Costa

Acadêmica da Faculdade Mineira de Direito – Puc Minas; ex-estagiária do Ministério Público de Minas Gerais; ex-estagiária do Ministério Público do Trabalho

Resumo

Às vésperas de comemorar os 20 anos da chamada “Constituição Cidadã”, observa-se uma avalanche de propostas de código de processo coletivo. Primeiro o anteprojeto que já tramita no Ministério da Justiça, comumente chamado “Anteprojeto USP” e, mais recentemente o “Código de Processo Coletivo” idealizado por alunos e professores da pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito. Escola Paulista e Escola Mineira, divergentes quanto à definição de institutos elementares do Direito Processual, tais como “ação” e “interesse”, enxergam necessidade de promover uma visita crítica à Ação Civil Pública instituída pela Lei n. 7374/85 e uma das razões disso, parece estar em uma incompatibilidade do sistema de “legitimados autorizados” com o Estado Democrático de Direito posto pela “Constituição Cidadã”.

Palavras-chave: interesses, direitos coletivos, Estado Democrático de Direito, ação coletiva, participação, pronunciamento jurisdicional.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade moderna é marcada por uma cultura de massa em que os milhões de indivíduos, por mais diversa que seja a classe social, categoria profissional ou opções de lazer, se vêm em uma mesma situação, vítimas de microlesões provocadas por grandes empresas e ocasionadas pelas necessidades que inegavelmente têm em comum.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário começou a se defrontar com um grande número de ações propostas por um sem número de indivíduos que envolviam uma mesma lesão, provocada, muitas vezes pelo mesmo agente.

Observada essa realidade, os estudiosos e operadores do Direito enxergaram a necessidade de criar mecanismos que tornassem a defesa desses direitos “pouco menos que idênticos” daqueles indivíduos mais eficiente, ao passo que se desafogava o Poder Judiciário.

No Brasil, o primeiro instrumento de defesa de direito que tocava uma coletividade de indivíduos foi o dissídio coletivo, ação típica da Justiça do Trabalho.

Afora aquele instrumento, que apenas servia às categorias profissionais e econômicas, apenas em 1965 fomos conhecer um instrumento de proteção de direitos pertencentes à uma coletividade, era a Ação Popular.

Vinte anos mais tarde, em 1985, o legislador disponibilizou outro e, até os atuais dias, o mais utilizado instrumento de defesa de direitos coletivos, a Ação Civil Pública.

A ação Civil Pública é, sem dúvida, o mais importante instrumento de defesa de direitos transindividuais disponível para os brasileiros, em especial após a promulgação da Constituição da República de 1988 que ratificou a existência de direitos fundamentais que ultrapassam a esfera individual.

Entretanto, às vésperas do aniversário de 20 anos da Magna Carta Brasileira, observa-se a inquietação dos juristas em

relação a esta Lei e sua recepção total pela Constituição Cidadã, Isso porque, ao contrário da anciã Ação Popular, a Ação Civil Pública não pode ser proposta por qualquer cidadão, apenas pelos legitimados extraordinários eleitos pelo Legislador Ordinário, o que contraria o espírito democrático perquirido pelo Constituinte Originário.

2. LEGITIMAÇÃO PARA AGIR E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Surgidos os “direitos coletivos”, os doutrinadores e os que receberam do Estado a função legislativa trataram de traçar as regras para propositura das ações em defesa daqueles direitos. Entretanto o fizeram sem desvencilhar-se do paradigma liberal e subjetivo do Código de Processo Civil Brasileiro, o que resultou em um modelo de ação coletiva que elenca legitimados à sua propositura sem analisar sua consonância com o Estado Democrático de Direito.

Em seu artigo 1º, a Constituição da República de 1988, vigente, impõe a democracia como modelo adotado pela República Federativa do Brasil e, mais adiante, para que não houvesse dúvidas sobre os parâmetros verdadeiramente democráticos que pretendia adotar, afirmou, no parágrafo único do referido artigo, que todo o poder emana do povo.

Com esse apontamento em mente discorrer-se-á, neste capítulo, sobre o modelo constitucional de legitimação para agir nas ações coletivas, ou seja, sobre a legitimação adequada aos parâmetros de um Estado Democrático de Direito.

Diversos estudiosos de Direito Processual e do modelo de Estado de Direito Democrático, apontam a participação popular em todos os momentos de construção normativa como pressuposto da Democracia. É como definem, com magnificência merecedora de transcrição literal, os professores Rosemiro Leal e Vicente Júnior:

(...)nas democracias, a jurisdição é o conjunto de conteúdos jurídicos (materiais-processuais assegurados pelo devido

processo constitucionalizado na criação, recriação, definição, interpretação, e aplicação das leis por todos os agentes legitimados no recinto da Sociedade Jurídico-Político Democrático de Direito (LEAL,2004).

Em um Estado será democrático se os processos de definição de competências forem difusos à participação da sociedade para que seja o direcionamento da vontade de um determinado Estado. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.118)

Propõe Cattoni Oliveira, em obra iluminada (2005), que ao afirmar os direitos fundamentais do homem, a sociedade reconheceu que queria ter seus atos limitados por lei, mas por lei que ela própria construísse, delimitando, assim, a legitimidade de uma norma jurídica pela participação de seus destinatários, por meio discursivo, da construção do direito e, marcando a divisão e ruptura com o Estado Liberal, que reclamava uma atividade legislativa negativa à medida que exigia apenas o mínimo de normas necessárias à manutenção das liberdades individuais.

Ao contrário do que ficou demonstrado a partir da Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem, na fase liberal não se exigia uma legislação participativa em que o próprio sujeito limitava seus direitos por meio de normas construídas em conjunto, ao contrário, exigia-se apenas a não limitação de seus direitos por normas, ressalvado o limite material do direito do outro.

O que se verifica, assim, é a passagem para um momento histórico no qual a liberdade é entendida não como a possibilidade de fazer tudo o quanto queira até o limite do direito objetivo do outro, mas como a possibilidade de agir dentro do limite traçado pelo próprio indivíduo, após argumentação isonômica com as mais variadas classes da sociedade e construção plural do direito.

É, portanto, pressuposto de realização da democracia em um Estado, e direito fundamental do homem, a participação dos cidadãos de todo o processo que envolva a criação, afirmação, aplicação e, por fim controle da lei.

Conforme afirmado anteriormente, a Constituição da República outorgou o poder ao povo¹ e delegou funções a vários órgãos, dentre eles os dos Poderes Judiciário, Legislativo e os do Ministério Público.

Além disso, a Magna Carta garantiu, em seu artigo 5º, XXXV, como direito fundamental individual e coletivo, que a lei não excluiria da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a lesão.

Conclui-se, com base nas considerações anteriores que, um Estado Democrático de Direito não pode conviver com a usurpação da participação popular em qualquer estágio da legitimação da norma, bem como não deve conceber um Poder Judiciário que se negue a apreciar demandas propostas por qualquer cidadão na defesa e seus direitos.

Não obstante essa prescrição de ordem constitucional, o Poder Legislativo vem editando leis que excluem a participação do indivíduo da atividade jurisdicional.

Exemplo é a Lei da Ação Civil Pública, que concede a vários legitimados extraordinários o papel de representantes

adequados, excluindo o próprio titular do direito, o indivíduo, de requerer a apreciação pelo Poder Judiciário de fato jurídico que tenha ocasionado lesão a seus próprios direitos fundamentais.

Nessa sistemática, a apreciação judicial de lesões aos direitos dos jurisdicionados fica orbitando sobre suas cabeças, sem que estes possam nela intervir.

Não se oferece a qualquer do povo, no espaço processual, a possibilidade de discursar e argumentar por si, quando há fato que lesione, além de direito seu, direito de uma coletividade.

Ao revés, negam-se duas vezes os direitos fundamentais: legislam atendendo a interesses próprios, quais sejam, não correrem o risco de serem eles próprios, executores de função legislativa, submetidos a procedimento em contraditório com os cidadãos e retira-se dos legitimados constitucionais faculdades, garantias a eles atribuídas pela própria Carta Maior.

A situação em que o povo brasileiro se encontra hoje é, mais uma vez, magistralmente traduzida pelo professor Vicente Júnior (2006, p.121):

Em uma lógica compreensível, mas perversa, tanto os legisladores, quanto os governantes utilizam-se do instituto processual da legitimação para agir como mecanismo limitador do acesso à justiça a todos os interessados difusos. Com isso, somente teriam a possibilidade de ajuizar demanda coletiva algumas poucas entidades e desde que cumprissem certos requisitos pré-estabelecidos na norma.

Assim, sob a argumentação de que é incumbência do Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Poder Legislativo retira do indivíduo a prerrogativa de defender seus próprios interesses da forma que melhor entender.

Todo esse emaranhado de disposições que regulam (excluem) a participação do indivíduo das lides em que se discutem “direitos coletivos” sugere que aqueles que legislam pelo povo (por ele escolhido) não acreditam na maioria de seus eleitores.

Retira-se do povo a capacidade de argumentarem em juízo nas causas que lhe dizem respeito, por se acreditar que ele não tem os atributos necessários à defesa dos direitos dos grupos.

Delegam, portanto, a legitimação a intérpretes autorizados para que estes guiem o povo e guardem² sua Constituição.

A gravidade dessa usurpação de faculdades está na inviabilização do devido processo legal, já que se nega a participação na lide pelas partes, estas entendidas no conceito Fazzalariano (2006, p.369).

Há na atribuição de legitimação para propositura de ações coletivas apenas a determinados entes, a negação do processo constitucional, visto que irremediavelmente suprimido o contraditório, este entendido, novamente utilizando a técnica bem abalizada de Rosemiro Leal (2005, p.10), como:

A oportunidade de produção formalizada de sentido e assegurada a partir dos conteúdos de um ordenamento jurídico na preparação de um provimento (decisão) que possa afetar

¹ Ressalte-se que, conforme aponta Vicente Júnior, em um Estado Democrático de Direito os indivíduos não têm poder algum, posto que este não pode mais ser personalizado na figura humana, sendo regulado por processos discursivos dentro da sociedade.

² Dhenis Cruz Madeira, em sua Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade Mineira de Direito.

acertamento ou jurissatisfação de direitos processualmente alegados.

Esse problema envolvendo a legitimação processual no Estado Democrático de Direito está na base da estruturação do processo coletivo.

Revisitando o conceito de ação, agora sob a ótica de um Estado Democrático de Direito (deixando, portanto, para trás a visão subjetivista, liberal e privatística que orientou o Código de Processo Civil Brasileiro), o professor Vicente Maciel Júnior concluiu pelo inverso do que afirmava Liebman, grande processualista.

Enquanto Liebman afirmava ter a ação conteúdo de poder, Maciel Júnior conclui que o poder reside na norma e esta atribui ao sujeito a faculdade de exercer o direito de ação, que a propósito, não é subjetivo, já que pendente de reconhecimento e validação, ou pelo contraditor ou pelo Poder Judiciário, mas objetivo, já que previsto em norma abstrata. Conclui com técnica o processualista:

A ação como ato de provocar a manifestação da jurisdição não pode, portanto, ser entendida como poder, mas como faculdade. Isso se deve ao fato de que o indivíduo não tem mais poder algum, porque a partir do advento do Estado de Direito o poder passou a ser gerido pela norma. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.129).

Assim, interligando a definição de Maciel Júnior ao capítulo I do título II da Constituição vigente, conclui-se que o exercício do direito de ação é faculdade, elevada ao status de direito fundamental garantido aos indivíduos para viabilizar (ou, pelo menos *pretendendo* viabilizar) a defesa de seus direitos abstratamente previstos na norma, seja em forma individual ou coletiva.

Essa faculdade foi, como dito, atribuída pela Constituição, norma suprema em um Estado Democrático de Direito, assim sendo, não cabe nem ao legislador ordinário, nem ao Poder Judiciário delimitar ou impedir o exercício dessa faculdade. Isso porque, conforme já se expôs, só a lei tem poder, os demais componentes da sociedade apenas exercem funções ou atribuições por ela delegadas.

Mas, além da óbvia necessidade de atendimento dos dispositivos constitucionais, qual a importância de inserir o indivíduo na discussão judicial que envolve “direito coletivo”?

A importância está diretamente ligada às lições de Elio Fazzalari: negar a participação no processo de quem será afetado por seu resultado é, por óbvio, retirar desse indivíduo a possibilidade de influenciar o pronunciamento jurisdicional que repercutirá em sua esfera individual.

É essa a crítica que se faz à Lei da Ação Civil Pública: ela elege representantes adequados para a defesa dos interesses individuais dos diversos membros da sociedade, como se não

fossem tempos de pluralidade cultural, social e de interesses, e exclui, afasta do contraditório a participação do interessado direto no resultado da prestação jurisdicional e, portanto, na instrução processual.

Nessa esteira, um modelo processual, para que esteja em consonância com o paradigma democrático de estado, principalmente de um estado que reconhece expressamente em seu texto constitucional a inafastabilidade da jurisdição, não poderá excluir a legitimação e participação ativa de qualquer do povo no processo que envolva direitos a ele afetos, seja deduzindo a pretensão, seja produzindo provas, seja discutindo os argumentos dos demais legitimados na instrução da lide.

Conclui-se ser necessário idealizar um modelo processual que parta do objeto da ação para definir quem serão os legitimados, e não que os defina previamente.

Isso porque sempre que for elencado taxativamente em lei quem serão os legitimados para propor determinada demanda, haverá o risco de excluir do processo e, portanto, do contraditório, pessoa que poderia contribuir para a formação do pronunciamento jurisdicional e que, em última análise, terá sua esfera de interesses atingida por aquela decisão.

Noutro turno, embora pareça razoável, a prática demonstra ser infundado o receio de que a abertura do processo coletivo ao destinatário do pronunciamento jurisdicional irá abarrotar o Poder Judiciário, ou estão os gabinetes dos Magistrados recheados de ações populares?

3. CONCLUSÃO

O aniversário de 20 anos da Constituição Cidadã vem marcado por uma grande discussão em favor de uma codificação, ou melhor, da instituição de um “processo” coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Há já um anteprojeto tramitando no Ministério da Justiça e um *código modelo* idealizado nas salas de aula da Faculdade Mineira de Direito, sendo certo que vários autores têm se proposto a dissertar sobre o assunto.

Caminhamos bem, mas, conforme muito bem prescreveu o Professor Gregório Assagra de Almeida³, a criação de um código de processo coletivo é um passo importantíssimo e, em assim sendo, deve mesmo ser debatido pelo maior número de pessoas possível.

Contudo, entre a elaboração de uma proposta e a sua submissão à apreciação pelos que têm competência para inserir leis em nosso ordenamento, imprescindível é verificar se o modelo eleito coaduna-se com os princípios da inafastabilidade de jurisdição e do devido processo constitucional, em especial no que tange o contraditório.

³ Para conhecer melhor o ponto de vista do autor, consulte sua obra: “Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação”. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição da República federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. São Paulo: RT, 2007.
- BRASIL. Lei n. 7347 de 24 de julho de 1985, disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 15 jan. 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004;
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito*. Revista VirtuaJus, ano 1, n.2. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, out. 2002. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/virtuaJus> Acesso em 21 mar. 2008
- FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006.
- GRINOVER, A.P.; CASTRO, A.G.; WATANABE, K. Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2007.
- JÚNIOR, Vicente de Paula Maciel. Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: Ltr, 2006.
- LEAL, Rosemiro Pereira. O Garantismo Processual do Direitos Líquidos e Certos. In MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.) Direito e Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003;
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Democracia. A Ação Jurídica como Exercício da Cidadania*. VirtuaJus, n. 1, jul. 2005; Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/virtuaJus> Acesso em 21 mar. 2008;
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Hermenêutica Constitucional*. VirtuaJus, n. 1, jul. 2004; Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/virtuaJus> Acesso em 21 mar. 2008
- LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir. p.13. São Paulo: RT, 1991.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Direito e Legitimidade: uma reconstrução da tensão entre constitucionalismo e democracia nas tradições republicana e liberal do pensamento político moderno à luz da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V.8, n. 16, 2º semestre. Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito: Três Ensaios Críticos*. VirtuaJus, n.1, jul. 2002. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/virtuaJus> Acesso em 21 mar. 2008.
- PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Bastos. O Paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo. VirtuaJus, n.1 ago. 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/virtuaJus> Acesso em 21 mar. 2008.

3.2.2 A fiscalização da propaganda eleitoral pelo cidadão

Giselle Aline dos Reis

*Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba (MG)
Pós-Graduanda em Direito da Administração Pública na UFU*

Os ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) concluíram as principais mudanças impostas pela chamada “Minireforma Eleitoral” que serão aplicadas ao pleito de 2008. Embora tenha contrariado as expectativas do meio político, o Tribunal resolveu que, na campanha eleitoral deste ano, dentre outras vedações e permissões, está vedada a distribuição, confecção e utilização de brindes, tais como camisetas, chaveiros, bonés, canetas, cestas básicas ou outros bens e materiais que possam proporcionar benefício ou vantagem ao eleitor bem como a realização de showmícios ou eventos artísticos semelhantes.

No que se refere aos conhecidos “showmícios”, que é a mistura de um comício – reunião de cidadãos que se juntam para discutir assuntos políticos ou de interesse público – juntamente com a apresentação de shows de artistas regionalmente ou até mesmo nacionalmente consagrados pela opinião pública, com o objetivo de animar reuniões eleitorais, feita de forma remunerada ou gratuita, restou proibida como forma de propaganda eleitoral pelo TSE.

A maioria dos ministros entendeu que a distribuição de brindes e a realização de showmícios precisam ser urgentemente vetada. Poeta, o presidente do TSE, o ministro Carlos Ayres

Britto, em entrevista veiculada pela imprensa falada, disse que “show e política, são como água e óleo”, ou seja, não podem se misturar.

Quanto aos comícios, estes continuam sendo permitidos, pois é uma das características típicas da propaganda eleitoral no Brasil. É necessário apenas que o candidato, partido ou coligação façam a devida comunicação à autoridade policial com, no mínimo, 24 (vinte e quatro) horas de antecedência, sendo permitida a realização do ato no horário compreendido entre 08:00 e às 24:00 horas.

As medidas foram aprovadas pelo Congresso objetivando a redução dos custos com as campanhas, tentando evitar a prática de irregularidades como o conhecido “caixa dois”. Nesse sentido, encontra-se fundamentada a decisão do tribunal eleitoral. Pode-se afirmar que o número de restrições impostas pela Justiça Eleitoral é bem superior ao de permissões para a divulgação das candidaturas. A Lei 11.300, complementada pela Resolução 22.718/2008 do TSE reflete a tentativa da Justiça Eleitoral em coibir abusos e preservar a moralidade e o interesse público.

Sem prejuízo do processo e das penas cominadas, a

Justiça Eleitoral adotará medidas para impedir ou fazer cessar imediatamente a propaganda realizada com infração. O juiz eleitoral da comarca é competente para tomar todas as providências relacionadas à propaganda eleitoral, assim como para julgar representações e reclamações a ela pertinentes.

Em casos de propaganda irregular, as punições variam da simples retirada da propaganda do meio público, bem como o pagamento de multa e até mesmo cancelamento do registro da candidatura ou da diplomação, caso o infrator seja eleito. Ocorre que mais importante que o rigor da lei é a participação da população na fiscalização da propaganda. Nesse sentido, é de fundamental importância que toda a população civil procure o Judiciário, neste ato representado pelo juizes eleitorais e os

cartórios eleitorais e de outro lado, também, o Ministério Público Eleitoral, informando-os das práticas eleitorais em desconformidade com os preceitos eleitorais permissivos.

Os juizes não têm condições de estar em todos os locais fiscalizando a propaganda. Esse papel tem de ser do cidadão, que está vendo tudo o que acontece. E uma das finalidades do Ministério Público é a fiscalização da lei e, assim, tem o poder de representar contra partidos e a imprensa. De fato, é preciso coibir práticas antidemocráticas, dentre outras, como por exemplo, a compra de votos. Também é de suma importância que os próprios partidos políticos fiscalizem uns aos outros.

3.2.3 Superendividamento

Maiele Karem França Morais

Estagiária do Ministério Público de Minas Gerais - 13ª Promotoria de Justiça de Juiz de Fora (MG)¹



Maiele Karem França Morais

A facilitação do crédito às camadas populares tem levado ao fenômeno conhecido como superendividamento. Este pode ser entendido como aquela situação em que os ativos da pessoa física de boa-fé (o devedor) são menores do que suas dívidas, em que há o comprometimento da renda para o pagamento dos credores.

Tal fenômeno é recente, contemporâneo ao crescimento da economia, à estabilidade da moeda nacional e à facilidade de aquisição do crédito. É muito comum encontrar pelos

centros das cidades pessoas vestidas com roupas coloridas e alegres oferecendo aos transeuntes o novo produto da moda: o crédito.

Este se tornou uma mercadoria e produto comum como qualquer outro, como uma roupa ou carro, que a todo momento é apresentado aos consumidores como a solução para todos os males que o afligem: à uma dívida com o plano de saúde ou à impossibilidade de cursar a faculdade dos sonhos.

Houve uma facilitação do crédito, principalmente o pessoal, que era produto classificado como caro e escasso, devido às incertezas do mercado e a falta de estabilidade da economia. Foi em 1994, e mais acentuadamente nos últimos oito anos, que o panorama começou a modificar-se. Parcela deste crescimento tem origem na descoberta de uma parcela da população que esteve

excluída do sistema formal de crédito, embora representem 77% da população e 71% do consumo no Brasil. Esses consumidores, agrupados nas classes C (renda de cinco a dez salários mínimos), D (de dois a cinco mínimos) e E (menos de dois mínimos), têm sido o grande motor do aumento da oferta de crédito. Estabilidade, sem a qual não pode haver crédito, e profissionalização, com desenvolvimento de tecnologias adequadas de análise de risco, são a chave do que está acontecendo.

O empréstimo consignado, uma das espécies de financiamento, em que o pagamento das parcelas é descontado diretamente na folha de pagamento do tomador é outra modalidade que atraiu uma multidão de consumidores. Em 2004, quando surgiu, essa forma de empréstimo fechou o ano com saldo de 9,69 bilhões de reais.

Ocorre que o deslumbramento dos consumidores com o alto poder de compra e a falta de clareza e informação no momento de celebrar o contrato de empréstimo têm levado ao endividamento dos tomadores de crédito. Desta forma, esta relação jurídica não pode deixar de ser tutelada pelo Direito, visto que se trata de uma relação de consumo, em que se mostra patente a vulnerabilidade do consumidor.

Esta vulnerabilidade é encontrada no art. 6º, III, IV e VI do CDC, que dispõem serem direitos básicos do consumidor: informação sobre o produto adquirido, a proteção contra a publicidade enganosa e a prevenção e reparação de danos sofridos em decorrência dos produtos.

É crucial destacar que o ordenamento quer tutelar os devedores de boa-fé, aqueles que se endividam por fatos do cotidiano, como o desemprego, uma doença, uma separação matrimonial, como também aqueles que se endividam por tomarem emprésti-

¹ Orientador: Dr. Plínio Lacerda Martins

mos, muitas vezes para quitar outras dívidas, tornando-se desta maneira um círculo vicioso. O Direito não pode de forma alguma proteger o devedor de má-fé, que sem nenhuma justificativa, não honra seus débitos, visto que o crédito e o capital são o que movem o sistema capitalista.

Não raro, ao serem celebrados os contratos, os consumidores não são informados adequadamente sobre as condições do contrato, como a taxa de juros, multa, possibilidade de execução dos bens e de inclusão do nome o SPC e no Serasa em caso de inadimplemento.

Com as mudanças decorrente da transição do Estado Liberal para o Estado Social (devido a mudanças econômicas, em que o capitalismo e a industrialização transformaram as estruturas e as bases da sociedade, acarretando mudanças significativas) a teoria do contrato também sofreu alterações em sua concepção. Ao não se prezar tanto pelo indivíduo (e a sua vontade autônoma) e o Estado passando a intervir na economia, nas relações sociais concretamente, surgiu uma nova princiologia contratual. Esta não veio para excluir e extirpar os princípios clássicos (liberdade contratual, obrigatoriedade do contrato, intangibilidade contratual, relatividade do contrato) do Direito Civil, mas para complementá-los, dando uma nova roupagem para os princípios tradicionais que já se mostravam inoperantes para o novo tempo.

O contrato consumerista que possui em um dos pólos o consumidor hipossuficiente deve ser regido por esses novos princípios. Assim ao ser celebrado um contrato de financiamento, como também no curso de seu cumprimento devem ser aplicados os novos princípios para evitar o superendividamento e para amparar os superendividados.

A boa-fé objetiva, entendida como padrão de lealdade e honestidade, deve nortear este tipo de contrato. Devem se balizar os contratos de financiamento na autonomia da vontade, mas principalmente na lealdade, cooperação e informação entre as partes que visam a um mesmo fim. Uma das causas do superendividamento é a ausência desses princípios, principalmente o de informação, o que compromete a relação jurídica entre o tomador e o credor. Isto precipuamente se dá com os consumidores idosos, que não possuem a total liberdade de contratar, já que sua capacidade de entendimento é reduzida, principalmente quando se trata de pessoas de mais idade e que possuem baixo grau de escolaridade e de instrução.

O CDC prevê explicitamente o uso desses princípios, como no art. 4º, inciso III, que determina que as relações de consumo devem se basear na boa-fé objetiva e no equilíbrio entre fornecedores e consumidores. Deste modo, as instituições financeiras devem manter uma atitude de cooperação e lealdade com os tomadores de empréstimo, informando-os sobre as reais condições do contrato, como seus riscos, o valor real dos juros, como também cooperando para que o contrato seja cumprido. Desta maneira, os credores devem prestar toda assistência aos devedores que, impossibilitados de adimplir com as prestações,

buscam a renegociação da dívida.

Ademais, o art. 6º, V, expressa a possibilidade de revisão do contrato em caso de fatos supervenientes que o tornem excessivamente oneroso. Desta maneira, em caso de desemprego, de uma doença, de falência do pequeno negócio, seria direito subjetivo do consumidor de rescindir o contrato, já que em caso de nulidade de uma cláusula, o CDC determina a continuação do contrato, art. 51, § 2º.

Desta maneira, o Poder Judiciário, amparado na legislação que prevê a vulnerabilidade do consumidor, a ampla possibilidade de revisão contratual, a cooperação e lealdade que são previstos como norteadores dos contratos devem intervir em caso de consumidores superendividados.

Uma decisão de primeira instância no Estado da Bahia mostra como os aplicadores do direito podem intervir neste fenômeno. Em ação civil pública impetrada pela defensoria do Estado, o juiz acolheu parcialmente o pedido da inicial e sentenciou que os empréstimos consignados feitos a idosos analfabetos devem ser registrados em cartórios, mediante instrumento público visando coibir o abuso decorrente dos contratos de empréstimo, já que trazem prejuízo aos contratantes que em sua grande maioria se constituem de pessoas sem instrução, pobres e analfabetas.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão ousada, determinou a renegociação da dívida, além de estipular um novo valor para as parcelas que eram descontadas diretamente na folha de pagamento de um funcionário público:

2007.001.47947 - APELACAO CIVEL - 1ª Ementa DES. CRISTINA TEREZA GAULIA - Julgamento: 19/09/2007 - SEGUNDA CAMARA CIVEL

Ementa: Apelação cível. Revisão de contrato de empréstimo bancário. Relação de consumo. Subsunção à Lei 8.078/90. Superendividamento. Consignação facultativa de prestações em folha de pagamento de funcionário público. Impossibilidade de pagar o vulnerável o empréstimo na forma contratada sem prejuízo de sua subsistência e vida digna. CDC que sendo lei de ordem pública impõe a proteção do consumidor hipossuficiente na forma preconizada pelo novo direito fundamental inserido no art. 5º inc. XXXII CF/88. Intervenção do Estado-Juiz no contrato para rever a onerosidade excessiva. Inteligência dos arts. 6º V CDC e 421 e 478 NCC. Possibilidade. Consignação em folha de pagamento que por si só não representa a princípio a desvantagem exagerada. Má-fé do apelado que malgrado as condições do autor lhe oferece outros empréstimos e a própria renovação que o autor inicialmente pleiteava. Prestações consignadas que se reparam. Inteligência do §5º do art. 84 CDC. Efetividade e celeridade da prestação jurisdicional. Ofício expedido à Secretaria de Administração do Estado. Reforma da sentença. Provimento parcial do apelo. Sucumbência rateada.

Pelo exposto acima, faz-se necessário que o Poder Judiciário, os órgãos públicos, e a sociedade civil freiem a abusividade do crédito fácil, visto causarem superendividamento, que é um fenômeno social de grande impacto na sociedade, atentando contra a dignidade da pessoa humana.

3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.4.1 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Atlas: São Paulo, 2008, 354p.

O já consagrado jurista, professor e Desembargador do TJRJ Sérgio Cavaliéri Filho nos brinda agora com suas lições na área do Direito do Consumidor. Diz o autor:

Essa obra, de maneira sucinta e objetiva, se propõe a retratar a evolução doutrinária e jurisprudencial ocorrida desde a vigência do CDC até os dias atuais, de modo a servir para os estudantes e profissionais do direito em geral com útil instrumento de trabalho (p. xvi).

Com efeito, Cavaliéri Filho praticamente percorre toda a temática ligada à tutela do consumidor, abordando os seguintes tópicos: O Direito do Consumidor: Origens e Finalidade; Prin-

cípios do CDC; Relação Jurídica de Consumo e seus elementos; Direitos básicos do consumidor; Contrato no CDC; Proteção contratual do consumidor na fase pré-processual, na fase de formação e execução do contrato e na fase pós-contratual; contratos submetidos ao CDC; Responsabilidade Civil nas relações de consumo; Responsabilidade pelo vício do produto e serviço; prescrição e decadência; tutela individual e coletiva do consumidor em juízo.

A obra consiste na experiência e dedicação do jurista em todos os seus anos como magistrado e docente, bem como por ela se encontrar atualizada com a jurisprudência especializada sobre a matéria.

B) Artigos

3.2.4.2 ALVARENGA, Luciano José. **Reserva legal e conservação dos domínios ecológico-florísticos brasileiros: argumentos biológicos e jurídicos para uma análise crítica da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. IN REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL. Revista dos Tribunais. Ano 13, jul-set. de 2008, nº 51, p. 166-184.

O autor desse instigante texto é Mestrando em Ciências Naturais no programa de Pós-Graduação em Evolução Crustal e Recursos Naturais da Escola de Minas (Departamento de Geologia) na Universidade Federal de Ouro Preto (MG), além de assessor no Ministério Público de Minas Gerais.

Nesse trabalho, Luciano Alvarenga faz uma análise crítica acerca do tratamento que a chamada reserva florestal legal tem recebido a partir de decisões do Tribunal de Justiça mineiro. Entretanto, a sua abordagem vai mais além: analisa a matéria sob o ângulo da Biologia da Conservação e, com base em dados científicos, apresenta os percentuais mínimos de averbação que deveriam ser obedecidos a fim de assegurar, “*in situ*, a conectividade e a diversidade biológicas” (p. 181).

O artigo também traz aspectos históricos e acadêmicos relevantes, cuja referência bibliográfica é digna de nota. Assim, no que diz respeito ao tema proteção mínima dos domínios ecológico-florísticos brasileiros, chega a citar a chamada teoria da percolação.

Por fim, o autor sustenta a demarcação e averbação de reserva legal como norma geral de “densificação” de preceitos cardeais do direito brasileiro, sendo certo que tais normas não se restringem a glebas com mata nativa conservada, já que o ordenamento jurídico pátrio “exige também a *recuperação* das RL danificadas ou cuja cobertura vegetal não corresponda aos percentuais mínimos obrigatórios de conservação” (p. 181)

3.2.5 Jurisprudência da área

3.2.5.1 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Averbação de reserva legal. Imóvel rural sem área de floresta. Desnecessidade*

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - MINISTÉRIO PÚBLICO - DIREITO AMBIENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA - ART. 16 DO CÓDIGO FLORESTAL - RESERVA LEGAL - REGISTRO CONDICIONADO À PRÉVIA AVERBAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE ÁREA FLORESTAL E/OU VEGETAÇÃO NATIVA - DIREITO DE PROPRIEDADE - SENTENÇA CONFIRMADA. A exigência da averbação

de reserva legal prevista no artigo 16 do Código Florestal não deve atingir todo e qualquer imóvel rural, mas apenas aqueles que contêm área de florestas, sob pena de ferir direito de propriedade assegurado no art. 5º, XXII da Constituição Federal. **(TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0287.07.036574-0/001, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, j. 10.07.2008, DJ 29.07.2008).**

3.2.5.2 TJMG, 4ª Câmara Cível. *Averbação de reserva legal. Imóvel rural sem área de floresta. Necessidade. Princípio da função socioambiental da propriedade. Prevalência do interesse coletivo*

EMENTA: Registro de imóvel rural - Reserva Legal - Inexistência de floresta ou vegetação nativa - Necessidade de Averbação - Direito de Propriedade - Função Social - Meio Ambiente - Prevalência do interesse coletivo. - A exigência de destinação de reserva legal gera constrição ao direito de propriedade, reduzindo, no imóvel rural, a área de produção agrícola. Contudo, o que se deve preconizar, na análise da matéria, e a função sócio-ambiental da propriedade, fazendo-se uma releitura da Lei n. 4.771/64 à luz da Constituição da República de 1988, devendo-se interpretar as normas de proteção ao meio ambiente da forma mais abrangente possível, não restringindo onde o legislador não o fez expressamente. - Não há se falar em destinação da reserva legal apenas em imóveis rurais nos quais ainda haja floresta ou vegetação nativa, visto que, a instituição

da reserva legal busca ampliar as áreas de uso sustentável dos recursos naturais, a conservação e reabilitação dos processos ecológicos, a conservação da biodiversidade e a proteção da fauna e flora nativas, pouco importando se há, na área, vegetação original ou não. - Deve-se aplicar, na interpretação das normas sobre a reserva legal, o entendimento de que deva ser exigida em toda e qualquer propriedade rural, independente da existência de vegetação original, visto que essa a exegese que melhor se compatibiliza com a principiologia de proteção ao meio ambiente, e, por conseguinte, com as necessidades de preservação impostas pelo meio ambiente, que já vem dando sinais de sua falência, em razão da má utilização pelo homem. (TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0283.07.007789-8/002, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, j. 15.05.2008, DJ 30.05.2008).

3.2.5.3 STJ, 5ª Turma. *Impetração de mandados de segurança coletivos por duas entidades representativas da mesma categoria profissional*

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS. IMPETRAÇÃO DE DOIS MANDADOS DE SEGURANÇA POR DUAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DA MESMA CATEGORIA PROFISSIONAL. MESMA CAUSA DE PEDIR. IDENTIDADE PARCIAL DE PEDIDOS. CONTINÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. I- O aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda. Assim, impetrados dois mandados de segurança por associação e por sindicato, ambos representantes da mesma categoria pro-

fissional, os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão, restando, assim, caracterizada a identidade de partes. II - Em face da identidade parcial de pedidos, em razão de um ser um mais abrangente que o outro, configura-se a continência, que é espécie de litispendência parcial. III - Inviável, porém, a reunião de processos, tendo em vista que já julgado um deles (Súmula 235/STJ), impondo-se, por conseqüência, a extinção parcial do presente writ na parte em que apresenta o mesmo pedido. Recurso ordinário parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos ao e. Tribunal a quo, para que julgue o mandamus.. **(STJ, 5ª Turma, RMS 24196/ES, Rel. Min. Félix Fischer, j. 13.12.2007, DJ 18.02.2008).**

3.2.5.4 TJMG, 15ª Câmara Cível. *Parâmetros para fixação do valor da causa e dos honorários advocatícios em ações coletivas*

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE - VALOR DA CAUSA - IMPUGNAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO -- CDC - APLICAÇÃO - CLÁUSULAS ABUSIVAS - DANO MORAL - CONDENAÇÃO GENÉRICA

- POSSIBILIDADE - PENA COMINATÓRIA - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO - VENDA CASADA - VEDAÇÃO - DEVOÇÃO DOS VALORES INDEVIDOS - FORMA SIMPLES - HONORÁRIOS - CONDENAÇÃO - RECOLHIMENTO AO ESTADO - EFEITOS DA SENTENÇA - LIMITES - COMARCA DO PROLATOR.

Em se tratando de seguro de vida em grupo, é legítima a atuação do Ministério Público para a propositura da ação coletiva, porque, no caso, a situação é genérica para todos aqueles consumidores, não havendo a necessidade de exame particularizado da situação de cada um deles.

O valor da causa, em ação civil pública que visa a manutenção de contrato de seguro de vida em grupo, modificado unilateralmente pelo fornecedor, deve corresponder ao valor da pretensão, mas este é de natureza meramente estimativa, ante a ausência de elementos objetivos para sua estipulação.

Por não ter uma base objetiva de estima, o valor da causa, em ação civil pública, visando a prevenção de lesão a consumidores, não pode ser o parâmetro para a fixação dos honorários advocatícios.

É direito da parte requerer a prova que entenda necessária para corroborar suas alegações, mas não ocorrendo cerceamento de defesa pelo indeferimento de prova inútil ao desate da lide.

As operações entre segurados e seguradora ficam submetidas às condições e limites preconizados no Código de Defesa do Consumidor.

Nas relações jurídicas submetidas às disposições do CDC, a existência de cláusula contratual abusiva pode ser revista, com restituição do indébito, mas de forma simples, não em dobro.

Exigindo-se do consumidor, no ato da contratação, que também contrate os serviços de um determinado banco como única forma de pagamento das parcelas do contrato, incorre o fornecedor na prática abusiva de “venda casada”, prevista no art. 39, I do CDC.

Os efeitos da sentença, em ação coletiva, são restritos à área de competência territorial de seu prolator.

O valor da pena cominatória deve ser suficiente para inibir a prática da conduta ilegítima, não havendo um teto pré-fixado, como nas cláusulas penais contratuais, conforme art. 461, § 4º, e 464, ambos do CPC.

Sendo julgada procedente a ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, a condenação do réu em honorários advocatícios é devida como ônus da sucumbência, não havendo que se aguardar que cada beneficiário promova a execução, pois não há certeza de que haverá tal interesse. Referida verba deverá ser recolhida aos cofres do Estado.

(...)

Foi atribuído à causa o valor de R\$400.000,00, considerando-se a expressão econômica de R\$1,00 para cada um dos consumidores contratantes do seguro Ouro Vida.

A teor do disposto no art. 259 do CPC, nas ações condenatórias, no caso, para que a ré fosse condenada a não operar a troca do plano de seguro de vida em grupo Ouro Vida para o Ouro Vida Grupo Especial, obrigação de não fazer, o valor da causa é o mesmo valor da pretensão.

O entendimento jurisprudencial não discrepa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA - Ação ordinária de indenização por dano moral. Dano que o autor estimou em valor certo e determinado,

sendo irrelevante que afirme tratar-se de mera estimativa. Deve então o valor da causa corresponder à vantagem econômica pretendida. Se a parte sabe a quanto monta o dano que quer ver ressarcido esse é exatamente o valor que deve indicar à causa, pois do contrário estará lesando o erário público ao se furtrar de recolher as custas devidas, posto que, em apontando o valor devido para indenização, não mais pode sustentar que a causa não tem conteúdo econômico. Decisão que se reforma.” (TJRJ - AI 13645/2001 - (2001.002.13645) - 1ª C. Cív. - Relª Desª Maria Augusta Vaz - J. 06.02.2002).

Todavia, convém lembrar que o valor da causa, nas ações coletivas, é de natureza meramente estimativa, ante a ausência de elementos objetivos em que ele possa se basear, pelo que não constitui parâmetro para a fixação dos honorários resultantes de eventual condenação.

Ilustrando o tema, transcrevo a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery in “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, 7ª ed. TR. São Paulo, 2003, pág. 1318:

“Condenação em dinheiro. A aferição do quantum indenizatório nas ações coletivas com a finalidade de reparação do dano difuso ou coletivo é questão de difícil solução. Poderão ser utilizados os critérios de arbitramento ou de fixação da indenização com base no valor do lucro obtido pelo causador do dano com sua atividade. É possível a cumulação da indenização por danos patrimoniais e morais. (STJ 37; CDC 6º VI)”.

Destarte, pode o juiz reduzir o valor da causa no momento de fixação dos honorários, ou arbitrar os honorários sem adotar como parâmetro o valor atribuído pela parte autora em sua inicial, por ser o valor da causa, nas ações civis públicas de condenação a obrigação negativa, meramente estimativo, sem critério objetivo de fixação.

Mudando o que se tem que mudar, o seguinte aresto:

“DANOS MORAIS - NEGATIVAÇÃO INJUSTA DO NOME - PROVA DO DANO - DESNECESSIDADE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO - IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA - DANOS MORAIS - VALOR DA CAUSA CORRESPONDENTE À IMPORTÂNCIA PRETENDIDA - (...) Na ação de indenização, mantém-se aquele valor atribuído na inicial, que poderá ser aumentado ou reduzido, posteriormente em caso de eventual condenação com valor certo e arbitrado, sobre qual deverão incidir os ônus sucumbenciais.” (TAMG - AP 0399564-8 - (70586) - Passos - 4ª C.Cív. - Rel. Juiz Alvimar de Ávila - J. 18.06.2003).

Ademais, o valor de causa tem múltiplas finalidades, como a fiscal, servir de parâmetro para a fixação dos honorários, fixar competência no caso dos juizados, dentre vários outros.

Assim, entendo razoável o critério utilizado para fixação do valor da causa adotado pelo ilustre Promotor de Justiça, ou seja, um real para cada um dos 400.000 mil consumidores afetados, sendo certo que o douto juiz já afastou o valor da causa para a fixação dos honorários, arbitrados em R\$5.000,00 com base no art. 20, § 4º do CPC, e mantenho o valor atribuída a causa para seus demais fins, inclusive pagamento de custas. (TJMG, 15ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2.0000.00.481550-1/000, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 09.09.2005, DJ 12.10.2005).

3.2.5.5 TJRS, 9ª Câmara Cível. Indústria do tabagismo. Ocorrência de evento danoso ao consumidor em virtude de dependência química em relação ao cigarro. Ausência da boa-fé da fabricante. Aplicação do CDC. Dano moral configurado

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FUMANTE QUE INICIOU O VÍCIO DO TABAGISMO ANTES DA VIGÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE OU FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO (ART. 6º, INCISO VI, 9º E ART. 12, DO CDC). DIREITO COMPARADO. PRESSUPOSTOS. DEFEITO DE PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DE UMA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE SEGURANÇA CAPAZ DE PROVOCAR DANOS À SAÚDE DOS CONSUMIDORES. NEXO DE CAUSALIDADE SOB A PERSPECTIVA MÉDICA E JURÍDICA. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ EM RAZÃO DA OMISSÃO EM ALERTAR AOS CONSUMIDORES DE CIGARROS SOBRE OS CONHECIDOS DANOS À SAÚDE PELO ATO DE FUMAR PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO. CONTRIBUIÇÃO DA VÍTIMA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. AGRAVO RETIDO. Não foi apresentado incidente de impugnação ao valor da causa no momento oportuno, motivo pelo qual se operou a preclusão temporal, a teor do art. 183 do CPC. Ainda assim não fosse, o pedido da ação originária diz com a procedência da ação para condenar a demandada ao pagamento de indenização por danos morais, em valor a ser arbitrado pelo juízo. A parte autora, portanto, não especificou a quantia pleiteada, deixando-a a critério do Juiz, de acordo com a ponderação dos critérios pertinentes. Trata-se de manifesto pedido genérico, motivo pelo qual perfeitamente cabível a fixação do valor da causa como o de alçada. Evidente a viabilidade de deduzir pedido de condenação por danos morais, baseados no sofrimento psíquico, emocional que não encontra exata mensuração econômica no momento da propositura da ação e depende de arbitramento judicial, não encontrando óbice na vedação legal do art. 286 do CPC. 2. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (DIREITO INTERTEMPORAL) Por manifestação expressa do legislador, as normas jurídicas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública, devendo ser aplicadas de forma imediata aos contratos ou relações de consumo em curso e aos fatos ainda não consumados e não integrantes do patrimônio do titular do direito ante o interesse público existente. Como o hábito de fumar fora adquirido anteriormente, e a relação consumerista persistiu após a entrada em vigor do CDC, inclusive o diagnóstico, hospitalização e morte da vítima ocorreram em plena vigência dessa legislação protetiva, aplicável o sistema de responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, aplicam-se os brocardos da mihi factum, dabo tibi ius (dá-me o fato, dar-te-ei o direito) ou então o iura novit curia (o juiz conhece o direito), de modo que era lícito ao juiz sentenciante reconhecer a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, ainda que a petição inicial da ação indenizatória tenha sido fulcrada na responsabilidade civil subjetiva do Código Civil de 1916. 3. A LICITUDE DA CONDUITA da ré, em fabricar e comercializar cigarros, não importa ao deslinde do feito, para o que imprescindível é examinar as particularidades do produto colocado no mercado, seja no plano interno, seja no plano externo. Os atos ilícitos, sem a intenção de esgotá-los, restaram configurados: (a) na omissão das fornecedoras de tabaco em informar, à época em que o adolescente iniciou a fumar, de maneira adequada e clara, sobre as características, composição,

qualidade e riscos que o cigarro poderia gerar aos seus consumidores (vício de informação); (b) na publicidade insidiosa e hipócrita difundida há tempo pelas fornecedoras de tabaco, vinculando o cigarro a situações como sucesso profissional, beleza, prazer, saúde, requinte etc.; (c) no fato de as indústrias do fumo inserirem no cigarro substância que acarreta dependência aos seus utentes (nicotina), obrigando-os a consumir mais e mais o produto nocivo, não por uma escolha consciente, mas em razão de uma necessidade química. 4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a noção geral da expectativa legítima, é dizer, a idéia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). O § 1º, do art. 12, do CDC, após salientar que só há responsabilidade civil do fornecedor se houver defeito no produto introduzido no mercado, dispõe, a título exemplificativo, que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Portanto, o conceito de defeito não se relaciona propriamente com a inaptidão do produto para seus fins, mas, antes, com a violação de uma legítima expectativa de segurança, que é capaz de provocar danos aos consumidores. O fato de alguns tabagistas conseguirem largar o vício por conta própria ou com ajuda médica, não exclui a responsabilidade do fabricante, visto que o abandono do vício depende de fatores subjetivos e características individuais dos consumidores. Entretanto, o vício possui a mesma gênese para todos os tabagistas: o consumo de cigarros e o vício pela nicotina. Parar de fumar não significa que a nicotina não vicia ou que o cigarro não possui outros componentes que induzem o consumo de cigarros. A abdicção do vício pelo fumo não depende apenas de uma decisão do próprio fumante ou de sua autodeterminação. Desse modo, os riscos inerentes ao consumo do cigarro não são considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição (art. 8º do CDC), porquanto a expectativa dos tabagistas não é desfrutar de doenças associadas ao consumo de cigarro ou provocar a morte a longo prazo. Ao revés, pretendem obter a sensação calmante e prazerosa provocada pelo consumo de cigarros, estes sim considerados normais e previsíveis. 5. DIREITO COMPARADO. A recente terceira grande onda de litigância contra as empresas de tabaco nos Estados Unidos da América alterou seu curso de modo que está se consolidando a tendência dos Tribunais norteamericanos em condenar as empresas tabagistas. A partir de maio de 1994, se fizeram públicos documentos internos (conhecidos como 'cigarette papers') de algumas empresas tabagistas, que revelariam que as indústrias do fumo sabiam dos riscos para a saúde derivados do consumo de tabaco desde princípios e meados dos anos cinquenta e, apesar disso, teriam omitido as advertências relevantes ao ponto de, recentemente, os governos dos Estados da União terem decidido acionar, por meio de 'class actions' a indústria de cigarros para obter o reembolso dos gastos médico-sanitários destinados à saúde por danos relacionados ao tratamento de enfermidades presumidamente relacionadas com o

consumo do tabaco. 6. O CIGARRO COMO PRODUTO INERENTEMENTE PERIGOSO. O tabaco é considerado como um produto inerentemente perigoso por conter em si riscos para as vítimas e cujo próprio projeto ou natureza implica uma série de características em virtude das quais não é possível a existência de uma alternativa mais segura, uma vez que se assim se fizesse se descaracterizaria a própria natureza desse produto. Trata-se de produtos nos quais ocorre o paradoxo de que podem ocasionar conseqüências muito negativas, porém, nem por isso, podem ser reputados como inseguros ou desarrazadamente perigosos. 7. NEXO CAUSAL ENTRE O TABAGISMO E A MORTE. A epidemiologia como método genérico para determinar a causalidade na responsabilidade civil pelo produto. Segundo a teoria da causalidade adequada, aplicada ao âmbito da responsabilidade civil pelo produto, para que se configure o nexo de causalidade, basta que haja séria probabilidade de ocorrência do dano, sendo suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias ou situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente. Nesta perspectiva do nexo causal epidemiológico, subministrado pelas regras do que ordinariamente acontece, a prova coligida aos autos conforta a presença do liame de causalidade entre o tabagismo e a neoplasia pulmonar que produziu a morte da vítima. 8. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ NA CONDUTA DA RÉ. É certo que o dever de informação foi instituído expressamente apenas com o advento da Lei 8.078/90. Não obstante, já existia no ordenamento civil o princípio da boa-fé objetiva (regra de conduta), que, em essência, impunha restrições à comercialização de produtos nocivos. Com efeito, aqui não se avoca as disposições do Código de Defesa do Consumidor, mas, sim, o denominado princípio da boa-fé, que inobstante não previsto expressamente no Código

Civil de 1916, era acolhido pelo sistema de responsabilidade civil, o qual preceitua uma conduta reta entre os contraentes, de forma a proteger a legítima expectativa do outro. Mesmo inexistente previsão legal do dever de informação ao tempo em que o autor começou a fumar (1963), certo é que a demandada deixou de fazer advertência que deveria ser feita, ou que deveria o fabricante saber necessária, incorrendo em violação à necessária boa-fé no tráfego comercial, por omitir dado essencial do produto, já que a ocultação desta informação, por si só, configura a enganosidade. Com efeito, a existência de ardis fantasiosos utilizados com o fim de atrair a simpatia do espectador em relação ao produto torna a publicidade enganosa. 9. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Não persiste qualquer dúvida acerca da tristeza, do sofrimento e da angústia enfrentadas pela companheira e pelo filho do de cujus ao ter de presenciar a degradação progressiva da saúde do ente querido, sem lograr êxito nas tentativas de ajudá-lo a se livrar do vício. A ré induziu o vício de forma direta, por meio de propagandas, com a finalidade única de obter lucro, sem preocupação com a saúde do consumidor. Curial que se reconheça a contribuição da vítima para a sua morte, na medida em que foi alertada por pessoas próximas sobre o perigo da continuidade do tabagismo, conforme a própria petição inicial expõe, motivo pelo qual correta a redução perpetrada no Juízo a quo em 2/3 do valor indenizatório. Incabível maior redução do quantum, dado que o desencadeamento do vício deve ser atribuído à demandada. “DESPROVERAM O AGRAVO RETIDO E O RECURSO DE APELAÇÃO, E DE OFÍCIO, FIXARAM OS JUROS MORATÓRIOS LEGAIS A PARTIR DA SENTENÇA. UNÂNIME.” (TJRS, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70016845349, Des. Rel. Odone Sanguiné, j. 12/12/2007)¹

¹ No mesmo sentido: **EMENTA:** RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. CÂNCER PULMONAR. MORTE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. NEXO CAUSAL. VERIFICADO. DANO MORAL. CONFIGURADO. Não há falar em prescrição no caso em comento, pois a pretensão indenizatória apenas iniciou seu curso com o falecimento do de cujus. É incontestado que a atividade laborativa desenvolvida pela demandada é lícita. Contudo, a mera licitude formal da atividade comercial não exonera a demandada de reparar prejuízos gerados aos indivíduos pelo consumo dos produtos por si comercializados e distribuídos. Não observância do princípio da boa-fé objetiva, princípio esse que deve balizar toda e qualquer relação. Ainda, a omissão da demandada na prestação das informações precisas sobre o produto pode vir a ser configuradora de ato ilícito. Outrossim, não há falar em liberalidade/voluntariedade do usuário do tabaco. Isso porque, a vontade do indivíduo estava maculada, quer pela ausência de informações a respeito dos malefícios do produto, seja pela dependência química causada por diversos componentes, especialmente, pela nicotina. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor aplica-se ao caso em concreto. Viável a aplicação da inversão do ônus da prova, cabendo à demandada desabonar a alegação da parte-autora pertinentemente à causa da enfermidade. O dano moral é reputado como sendo a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo da normalidade, interfere no comportamento psicológico do indivíduo, causando aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. No caso, tal situação se verifica. Na mensuração do dano, não havendo no sistema brasileiro critérios fixos e objetivos para tanto, mister que o juiz considere aspectos subjetivos dos envolvidos. Assim, características como a condição social, a cultural, a condição financeira, bem como o abalo psíquico suportado, hão de ser ponderadas para a adequada e justa quantificação da cifra reparatório-pedagógica. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO APELO, VENCIDO O DESEMBARGADOR PEDRO LUIZ RODRIGUES BOSSLE. (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70017634486, Rel. Des. Sérgio Scarparo, j.27/06/2007)

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Momento processual de inversão do ônus da prova na tutela do consumidor

Samuel Alvarenga Gonçalves

Servidor do Ministério Público de Minas Gerais

Especialista em Direito Processual



Samuel Alvarenga Gonçalves

Não se discute acerca da possibilidade e da relevância prevista no inciso VIII do art. 6º do CDC ao determinar a inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia.¹ Segundo ensina Sérgio Cavalieri Filho: “A finalidade do dispositivo em questão é muito clara: tornar mais fácil a defesa da posição jurídica assumida pelo consumidor, na seara específica probatória. Distanciou-se o legislador, assim, dos tecnicismos e das formalidades inúteis,

conferindo autêntico caráter instrumental ao processo, na busca da verdade real e da solução justa da lide”.²

Todavia, a grande polêmica que se forma diz respeito ao momento em que deve se dar a inversão do ônus da prova. Basicamente, há 3 possibilidades ou correntes, cada qual sustentando o melhor momento processual para isso:

- 1) a inversão deve ser determinada no despacho liminar;
- 2) para outros, deve anteceder à instrução do feito, na fase de saneamento do processo;
- 3) deve ser realizada no momento de prolação da sentença³.

Basicamente, as correntes que possuem maior peso são a segunda e a terceira. A celeuma reside em saber se a inversão é técnica/regra de procedimento/atividade ou técnica/regra de julgamento/juízo. Para quem entende ser regra de procedimento, o momento adequado seria até o fim da instrução probatória. Para quem a concebe como regra do juízo, o momento próprio é no julgamento da causa, pois é somente nesse ato que o juiz, em regra, já adquiriu todo o convencimento necessário para o deslinde do mérito.

Do ponto de vista prático, o tema é importante porque, a depender da posição que se adote, duas consequências diretas,

mas diametralmente opostas, poderão surgir: **a)** de um lado, a formação ou não de nulidade processual insanável por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa em favor do fornecedor ou produtor; **b)** e de outro, maior ou menor prestígio da máxima amplitude da tutela especializada do consumidor, de forma a praticamente desnaturar o espírito protetivo do CDC.

Isso porque, para as duas primeiras posições, tem-se como foco principal a preocupação numa correta e equilibrada distribuição do ônus da prova conjugada com o postulado do devido processo legal em sua dimensão substancial. A esse respeito, Cavalieri Filho lembra que: “As duas primeiras posições homenageiam o princípio do contraditório e da ampla defesa afirmando que, se for invertido o ônus da prova, terá que ser assegurada ao fornecedor a oportunidade de desincumbir-se do novo encargo, sob pena de violação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal”.⁴ Já para a 3ª corrente, como a inversão do ônus da prova é operada em favor do consumidor, seria inconstitucional qualquer criação jurisprudencial, legal ou doutrinária que minimizasse os seus efeitos.

Vejam rapidamente cada um dos *prós e contras* dessas correntes:

1) no despacho liminar que recebe a inicial – antes da contestação, nem ao menos se sabe quais serão os fatos controvertidos, sendo um expediente prematuro.⁵ Pode configurar prejulgamento da causa ou suspeição do juiz.

2) no despacho saneador, antes do término da instrução probatória – em muitos procedimentos, como nos juizados especiais e no rito sumário, simplesmente não há fase de saneamento.⁶ Entretanto, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, com propriedade, sustenta a aplicação da inversão em qualquer tipo de procedimento, desde que de forma a anteceder à instrução: no rito ordinário, na fase de saneamento do processo, no momento em que são fixados os pontos controvertidos (CPC 331, § 2º) na audiência de conciliação, caso frustrado o acordo, ou, quando a causa versar sobre direitos indisponíveis (quando não é designada audiência de conciliação – art. 331, *caput*, a *contrario sensu*), no despacho saneador a ser proferido; no procedimento sumário, na audiência prevista no art. 277 do CPC, se não for obtida a conciliação e for necessária a produção de provas; no rito sumaríssimo dos juizados especiais, a inversão deverá ser analisada pelo juiz togado, na sessão de conciliação (se esta for infrutífera), hipótese em que a

¹ Conforme NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil e legislação extravagante*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 957.

² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94-95.

³ Nesse sentido: ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22 e CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 293-294.

⁴ *Op. cit.*, p. 294.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 186.

⁶ Conforme Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 294.

audiência de instrução e julgamento será marcada para um dos quinze dias seguintes (Lei 9.099/95, art. 27§ único). Por outro lado, “pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes, desde o início da fase instrutória, têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide”.⁷

3) na sentença – não se atribui ao fornecedor um novo ônus de provar. Ele sempre soube exatamente o que deveria ser provado, por isso não poderia alegar surpresa no momento da sentença. Por isso, desde o início, ele é capaz de desincumbir-se da prova e se deliberadamente não o faz, assume os riscos de sucumbir da demanda com o consumidor, este sendo a parte protegida na relação jurídica⁸. Pode ser aplicado em qualquer tipo de procedimento (ordinário, especial, sumário, juizado especial). Entretanto, no momento da sentença, há quem entenda que “a inversão seria medida tardia porque já encerrada a atividade instrutória”.⁹ A inversão do ônus da sentença pode conduzir a uma “surpresa intolerável e irremediável, em franca oposição aos princípios da segurança e lealdade imprescindíveis à cooperação de todos os sujeitos na busca e construção da justa solução do litígio”.¹⁰

Seja como for, a função do direito em sua concepção moderna deve estar calcada em princípios gerais como a eticidade, lealdade cooperativismo e boa-fé, sobretudo numa ambiência processual. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova também assume papel de destaque nesse contexto¹¹. Afigura-se justo que o fornecedor, de fato, seja informado da expectativa gerada dentro do processo. Mas, caso isso não seja possível e a inversão somente possa ser verificada no momento da sentença, a melhor interpretação é aquela que conduz à proteção do consumidor, resguardando os seus direitos.

Outrossim, a matéria é tão tormentosa que nem é possível falarmos em jurisprudência formada a seu respeito, haja vista haver conflito de entendimentos inclusive dentro de um mesmo tribunal. Assim, à guisa de exemplos, trazemos algumas ementas de sodalícios diversos elegendo diferentes momentos para a inversão do ônus da prova:

a) na sentença

STJ – “(...)A inversão do ônus da prova é regra de juízo e não de procedimento, sendo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, pois é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova” (STJ, 3ª Turma, AgRg na MC 11970 / RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.12.2006, DJ 18.12.2006).

TJMG - “(...)A inversão do ônus da prova é regra de julgamento quando na sentença, momento próprio, onde, de frente ao contexto probatório, após encerrada a instrução, a critério do julgador, segundo as regras ordinárias da experiência, se

afere a hipossuficiência do consumidor” (TJMG, 16ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0024.03.039789-7/002, Rel. Des. Batista de Abreu, j. 26.03.2008, DJ 18.04.2008).

TJRS – “(...)A sentença é o momento oportuno para que se opere a inversão do ônus da prova, sendo desnecessário proferir-se despacho anunciando-a. É que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, e, como tal, dirigida ao juiz, que dela se valerá quando o contexto probatório não estiver satisfatório. Precedentes deste Tribunal” (TJRS, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70024300030, Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 04/06/2008).

TJRS – “(...)A melhor interpretação da regra inserta no art. 6.º, VIII, do CDC, é a que conduz à conclusão de que o ato judicial de inversão do ônus probatório tem na sentença final o seu momento adequado, ocorrendo sua aplicação, portanto, ope legis” (TJRS, 1ª Câmara Cível, Embargos de Declaração nº 70011617644, Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 01/06/2005)

b) na fase de saneamento ou antes do término da instrução probatória:

STJ - “A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.” (STJ, 4ª Turma, REsp 881651 / BA, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 10.04.2007, DJ 21.05.2007).

TJMG – “(...)Não obstante a ausência de dispositivo legal expresso no Código de Defesa do Consumidor acerca do momento processual oportuno para se apreciar o pedido de inversão do ônus da prova, tem-se entendido que referida análise deverá ser realizada na fase probatória, a fim de se evitar vulneração dos princípios da ampla defesa e do contraditório estabelecidos na nossa Carta Magna. (TJMG, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0024.07.529556-8/001, Rel. Des. D. Viçoso Rodrigues, j. 10.06.2008, DJ 28.06.2008)

c) em sede de 2º grau de jurisdição: possibilidade

STJ – “(...)“Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro” (STJ, 3ª Turma, AgRg nos EDcl no Ag 977795 / PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 23.09.2008, DJe 13.10.2008)

⁷ THEODORO JÚNIOR, op. cit., 186.

⁸ É a opinião de Fábio Costa Soares, *apud* Cavalieri Filho, op. cit., p. 294.

⁹ Nesse sentido, Theodoro Júnior, op. cit. P. 186.

¹⁰ Theodoro Júnior, op. cit., p. 187.

¹¹ Sobre a teoria dinâmica, veja-se: A teoria, base de estudo deste trabalho, defende, justamente, o afastamento daquelas regras estáticas, impondo o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, podendo o mesmo recair tanto sobre o autor como sobre o réu, a depender das circunstâncias fáticas e processuais de cada um. A mudança busca uma maior efetividade e instrumentalidade do processo, ensejando, por conseguinte, decisões mais justas e equânimes a cada caso concreto submetido ao crivo do Poder Judiciário. AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>.

d) em sede de 2º grau de jurisdição: impossibilidade

TJRS – “(...)INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RE- LAÇÃO CONSUMERISTA. Em se tratando de relação consumerista, cabível a inversão do ônus da prova, procurando facilitar a atuação do consumidor em Juízo. Todavia, a seara recursal não é o momento processual adequado para fazê-lo, porquanto não oportuniza o contraditório e a ampla defesa, inerentes à fase instrutória do feito. Ainda assim não fosse, mesmo com a inversão do ônus probatório, as regras tradicionais do processo civil sobre ônus da prova continuam válidas, devendo o autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, incumbindo ao réu comprovar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor” (TJRS, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70017994609, Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 11/04/2007)

TJMG - “Não há que se falar em inversão do ônus probatório em grau recursal, porquanto se está diante de regra de procedimento, e que deve ser aplicada no momento oportuno, sob pena de violação aos princípios do contraditório e ampla defesa” (TJMG, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.05.875472-2/001, Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. 04.09.2007, DJ 28.09.2007).

Embora comunguem do entendimento favorável à inversão do ônus da prova no momento da sentença (regra/técnica de julgamento), Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery trazem uma posição conciliadora e intermediária:

Nada impede que o juiz, na oportunidade de preparação para a fase instrutória (saneamento do processo), verificando a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, alvitre a possibilidade de assim agir, de sorte a alertar o fornecedor de que deve desincumbir-se do referido ônus, sob pena de ficar em situações de desvantagem processual quando do julgamento da causa.¹²

É a opinião também de Cavalieri Filho: “Mas nada impede – pelo contrário, é recomendável – que o juiz, no despacho saneador, na fase instrutória da causa, ou em qualquer outro momento que se torne possível, inverta o ônus da prova ou advirta às partes que isso poderá ser feito no momento do julgamento final da causa, com o que afastará qualquer alegação de cerceamento de defesa”.¹³

Destarte, não há óbice em que seja deferida a inversão do ônus da prova em favor do órgão do Ministério Público, conforme decidiu o TJRS: “(...)A inversão do ônus da prova é admissível ainda que a parte autora seja o Ministério Público, uma vez que age na condição de substituto processual dos consumidores, sa-

bidamente parte hipossuficiente na relação processual” (TJRS, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70025288291, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 10/07/2008)

Por fim, há quem sustente que a inversão do ônus da prova também abrangeria a obrigatoriedade de a parte adversa, *in casu*, o fornecedor ou prestador de serviço, arcar com os custos e despesas para a sua realização, notadamente nos casos de honorários periciais em que a prova iria beneficiar tão-somente o consumidor. Assim, a inversão deveria ser plena, a fim de melhor potencializar o princípio do acesso à justiça da parte hipossuficiente e dar uma maior eficácia à tutela do consumidor.¹⁴ Logo, o consumidor tem a seu favor um princípio geral de facilitação na defesa de seus direitos, não fazendo sentido que ele tenha que arcar com os custos da prova se inclusive o ônus de produzi-la foi invertido dada a sua hipossuficiência na relação jurídica. Como anota Cavalieri Filho: “Quando assim não se entender a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, poderá se tornar uma falsa promessa do legislador, e o princípio estabelecido no art. 6º, inciso VIII, do CDC resultará frustrado, posto que, na maioria dos casos, o consumidor é hipossuficiente econômico, sem recursos para produzir a prova técnica”.¹⁵

Há um outro entendimento segundo o qual devem ser aplicadas as regras ordinárias do CPC, ou seja, o pagamento dos custos para a realização da prova compete a quem requerer a sua produção: “(...)Da mesma forma, o art. 33 do mesmo diploma legal estabelece que a remuneração do perito será paga pela parte que houver requerido a perícia. Embora o caso dos autos contemple hipótese de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), isso não significa que o fornecedor tenha que arcar com os custos da perícia requerida pela parte interessada. Assim, ao caso em tela devem ser aplicadas as regras específicas a respeito do pagamento dos honorários periciais, previstas no Código de Processo Civil, o que significa dizer que o autor deverá arcar com a perícia grafodocumentoscópica por ele requerida. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (TJRS, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70022103212, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. em 09/11/2007)

Todavia, a jurisprudência mais recente¹⁶ do STJ adverte: “(...)A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, não acarreta o encargo financeiro de custear as despesas pela parte adversa, mas, apenas, o faz arcar com as consequências jurídicas pertinentes” (STJ, 4ª Turma, REsp 683518 / DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.11.2006, DJ 26.02.2007).

¹² *Op. cit.* p. 957.

¹³ *Op. cit.*, p. 295.

¹⁴ Vale citar: “(...)Tratando-se de relação de consumo decorrente de contrato celebrado com empresa do ramo da construção civil, a hipossuficiência do contratante é patente, devendo ser aplicada a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII, da Lei 8.078-90. - A inversão do ônus da prova implica a obrigatoriedade do pagamento dos honorários decorrentes de realização da perícia técnica” (TAMG, 2ª Câmara Cível, Agravo nº 2.0000.00.385578-3/000(1), Rel. Juiz Alberto Aluizio Pacheco de Andrade, j. 10.12.2002, DJ 22.02.2003). Há também acórdão mais antigo da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar nessa direção: “(...)A inversão do ônus da prova significa também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas de perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa” (STJ, 4ª Turma, REsp 383276 / RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.06.2002, DJ 12.08.2002).

¹⁵ E arremata o autor: a toda evidência, ordenar a inversão do ônus da obrigação de provar, sem se impor qualquer ônus processual à parte economicamente mais forte quanto à produção da prova, tornaria inócua a garantia da defesa do consumidor em juízo, instituída pelo CDC em cumprimento à Constituição. E mais, se a defesa do consumidor hipossuficiente depender da produção de prova técnica, que requereu, e a parte mais forte da relação de consumo se recusa a custear-lhe a produção, sem qualquer consequência processual, estar-se-ia a acentuar, e não a remover a desigualdade que as distancia, em prejuízo do consumidor, que permaneceria, então, indefeso no pólo passivo da relação.

¹⁶ Segundo adverte Cavalieri Filho: “Posteriormente, entretanto, a jurisprudência se firmou no sentido de que a inversão do ônus da prova não se confunde com o custeio da produção da prova. O I Encontro de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assentou que ‘constitui direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, respeitos os pressupostos previstos no art. 6º, inciso VIII, do CDC, sem implicar a reversão do custeio, em especial quanto aos honorários do perito’”. *Op. cit.*, p. 296.

Ou ainda: “(...) A inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as despesas da prova requerida pelo consumidor. A transferência é apenas da obrigação de provar o seu direito para elidir a presunção que vige em favor do consumidor”. (Resp 435155)” (STJ, 2ª Seção, REsp 583142 / RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. para o acórdão Min. Fernando Gonçalves, j. 09.11.2005, DJ 06.03.2006).

No mesmo sentido:

Esta Corte já decidiu que a “regra probatória, quando a demanda versa sobre relação de consumo, é a da inversão do respectivo ônus. Daí não se segue que o réu esteja obrigado a antecipar os honorários do perito; efetivamente não está, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor” (REsp nº 466.604/RJ, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 2/6/03). No mesmo sentido, o REsp nº 443.208/RJ, Relatora a Ministra Nancy Andriighi, DJ de 17/3/03, destacou que a “inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, sofre as

consequências processuais advindas de sua não produção”. Igualmente, assim se decidiu no REsp nº 579.944/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17/12/04, no REsp nº 435.155/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 10/3/03 e no REsp nº 402.399/RJ, Rel. o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 18/4/05. (STJ, 1ª Turma, REsp 843963 / RJ, Rel. Min. José Delgado, j. 12.09.2006, DJ 16.10.2006).

Assim, com relação ao custo da prova, entendemos que a jurisprudência majoritária atual do STJ é compatível com o espírito protetivo do CDC. O fornecedor ou prestador de serviço não é obrigado a custear a prova cujo *onus probandi* foi invertido. Mas o seu custeio trata-se de decorrência implícita dentro da lógica da inversão prevista no CDC. Por isso, lembra Cavalieri Filho: “Se decidida a inversão, a parte adversa não se dispuser a custear a produção da prova, sofrerá as consequências processuais de sua cômoda resistência, quanto ao peso que se atribuirá aos fatos verossímeis afirmados pelo consumidor, ainda que carentes de comprovação pelos meios de prova cujo manejo a recusa do produtor ou fornecedor inviabilizou”.¹⁷

¹⁷ *Op. cit.*, p. 297.

3.3.2 Direito privado e as concepções naturalistas e normativistas de mercado

Márcio Adriano Gomes de Oliveira

Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna/MG, Pós-Graduado pela PUC/MG, Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade de Itaúna/NG e Professor de Direito Empresarial pela Universidade UNIS, Advogado especialista em Direito Empresarial



Márcio Adriano Gomes de Oliveira

1 - DA INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de apresentar, comentar e distinguir as concepções de mercado e evolução do direito privado.

No direito privado, temos as concepções naturalistas e normativistas de mercado, esta última também chamada de artificial.

O entendimento de tais concepções é de fundamental importância para a compreensão do estado atual

de nosso direito privado (constitucionalizado).

O presente trabalho tem principalmente a apreciação de tais concepções, entre outros autores, a obra da Profa. Judith Martins Costa, “A reconstrução do direito privado”.

2 - DA CONCEPÇÃO NATURALISTA DO MERCADO

A concepção naturalista de mercado, surgida no século XIX, tem origem nas doutrinas fisiocratas do século XVIII, sendo que o mercado era tido como o local da liberdade e da espontaneidade, que “mãos invisíveis” orientavam na direção do bem comum¹.

O Estado naquele momento não interferia nas relações privadas, e por consequência no mercado.

Não haveria assim necessidade de intervenções normativas (legislativas ou administrativas) no mercado, que seria o “reino natural da economia”.

Pode dizer-se que realmente seria uma economia livre, e em sendo apartada da esfera política, tem a denominação “naturalista”, exatamente porque seria o mercado o regime natural das relações econômicas.

Naquele momento, o direito passa a ser utilizado como um instrumento meramente fixador de regras “jogo econômico social” e garantidor das escolhas individuais, sendo o Estado mero produtor destas garantias, como explica a i. Profa. Judith Martins Costa².

¹ COSTA, Judith Martins. *A reconstrução do direito privado*. Editora Revista dos Tribunais. Pág. 614

² COSTA, Judith Martins. *op.cit.*, pág. 614

Segundo Fábio COMPARATO³, não compete ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns, cabendo-lhe, diversamente, “propiciar sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança – física e jurídica – à vida individual.”

Arremata, ainda, dizendo que caberia aos indivíduos “fixar suas finalidades de vida, no respeito às leis asseguradoras de uma convivência harmônica de escolhas individuais”.

Neste momento, verifica-se que o Estado ficava totalmente alheio às relações entre particulares, apresentando-se como mero “assegurador” do cumprimento de tais relações.

Não havia qualquer tipo de intervenção do Estado nessas relações, frise-se.

O século XIX havia acolhido, diz Ascarelli, “o modelo de um equilíbrio natural, fruto do jogo das forças individuais naturalmente compreendidas, em cujo confronto a função precípua das leis era a de garantia, era a de, poder-se-ia quase dizer, a da eliminação dos obstáculos que a regulamentação legal interpunha à realização desta ordem”. A ordem econômica, embora “ordem”, era para empregar uma outra formulação dicotômica, cosmos e não taxis. Cosmos, porque ordem espontânea que resulta da regularidade do comportamento dos elementos que compreende e não tem, justo, porque é espontânea, a um fim que a polarize. Não seria portanto taxis, já que esta indica a ordem resultante de ação exógena ou imposta e, nesta medida, o produto de um desenho, de uma vontade capaz de escolher fins. Cosmos e taxis, natureza e cultura, economia e política, sociedade civil e Estado: o projeto oitocentista, poder-se-ia dizer, era um projeto fundamentalmente dicotômico.⁴

Naquela concepção, como retrocitado, a ordem econômica era fundamentalmente natural, sendo que tal sistema econômico, tal qual citava Adam Smith, equilibrava-se automaticamente, inclusive se sobrepondo às interesses individuais.

A concepção naturalista do mercado entrou em crise no século XX, quando se evidenciou um novo panorama de mercado, dissolvendo assim o mito naturalista

A evolução da sociedade, principalmente pelas transformações comerciais, e por consequência de direito privado, tal concepção foi perdendo seu valor, culminou na concepção artificial ou normativa.

3 - DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

Com o advento da Revolução Francesa e a conseqüente consagração dos ideais da burguesia, surge o Estado moderno, como pilar básico da emancipação das ordens normativas, que, a princípio, adotou os ideais liberais de então. Era o chamado Estado liberal, que tinha por *modus operandi* a existência do Estado mínimo, que só regularia a estruturação do poder estatal e os limites de seu exercício, que configurariam a esfera pública, entendida como estatal.

Tal atuação mínima tinha por escopo a preservação da liberdade individual, no sentido de permitir a existência de relações jurídicas quaisquer, desde que não ferissem os interesses e as normas do Estado.

Como o Estado só normatizava de maneira genérica a respeito de sua organização, exercício e limites do seu poder, praticamente os indivíduos, em suas relações entre si, ficavam livres para estipular quaisquer cláusulas e condições em um negócio jurídico.

Desse modo, a doutrina do Estado liberal passa a interferir diretamente na teoria dos contratos, surgindo com ele o chamado princípio da autonomia privada e adágios como o *pacta sunt servanda*, que estavam totalmente justificados pelo liberalismo então reinante no mundo ocidental⁵.

Com as desigualdades se acirrando, o Estado, através de pressões vindas da sociedade, a partir da criação de movimentos sindicais e a consolidação do chamado direito do trabalho, passa a adotar um novo perfil.

A caracterização desse novo perfil se deve a partir da inclusão, nas Cartas Constitucionais, de normas relativas não apenas à organização do Estado, poderes e limites, mas também uma parte reservada à regulamentação da ordem econômica e social.

Isso significa que o Estado não vai mais ser um mero observador das relações jurídicas que sempre o permearam, mudando sua posição como atuante na normatização e fiscalização do cumprimento das regras de ordem econômica. Vislumbra-se a interferência do Estado na ordem privada para que não mais se permita a verificação dos excessos praticados num passado não tão distante, conforme assevera LÔBO.⁶

4 - DA CONCEPÇÃO NORMATIVISTA DO MERCADO

A partir dessa intervenção estatal no mercado temos a concepção normativista de mercado.

Nesta concepção, o Estado impõe regras de tal atuação entre as relações de direito privado. Por sua vez, o dirigismo contratual se verifica na verdade a intervenção do Estado no direito privado, tal como nos contratos. Inicialmente no sentido de efetivar o equilíbrio entre as partes contratantes, criando normas gerais com esse intuito. Posteriormente, o interesse social é trazido à tona, com o Estado ditando as regras no sentido de preservá-lo.

Como regime normativo, ordem das trocas da circulação econômica, admite-se que o mercado é regido por normas que o ordenam, não já derivadas de “mãos invisíveis”, mas constituídas pela “plena e firme visibilidade das normas jurídicas”. Mas visíveis, portanto, e publicamente visíveis⁷.

Importante ressaltar ainda a posição da Profa. Judith:

E se é a ordem constitucional, tradicionalmente tida como pública, que desenha, modela e conforma as relações econômicas privadas, até então concentradas nos Códigos Civil

³ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, (org.) Celso Antonio Bandeira de Melo*, São Paulo, Malheiros, pág. 350.

⁴ Costa, Judith Martins. op. cit. pág.615/616.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto: *O Contrato - Exigências e Concepções Atuais* (n. 30), p. 13.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. op. cit. 25

⁷ COSTA, Judith Martins. op. cit. pág.618/619

e Comercial, uma outra dualidade se esvai : a que opunha, dicotomicamente, o direito público e privado.

Neste aspecto, vivemos num momento de transformação, onde efetivamente já se encontra superada a divisão clássica de nosso direito entre público e privado.

Vemos claramente o fenômeno da constitucionalização dos direitos e patente uma nova reclassificação.

Aqui, particularmente, comungo o pensamento do i. Prof. e Jurista Dr. Gregório de Assagra Almeida⁸, que defende uma nova divisão do direito brasileiro, em sendo individual e coletivo.

Tal concepção aduz principalmente as diretrizes de nossa Constituição, senão vejamos:

“A *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual. Chega-se a essa conclusão porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica aos dispor, no Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

Desta forma, na concepção normativista do mercado, o Estado atua de forma efetiva e não apenas como mero partícipe de uma relação, sendo a Constituição Federal cabal demonstração de tal intervenção.

Em nosso País, a concepção normativista do mercado não é recente, sendo que temos exemplos claros da intervenção estatal no mercado, como se verifica na antiga Constituição Federal de 1891⁹, senão vejamos:

Art 7º - É da competência exclusiva da União decretar:

1º) impostos sobre a importação de procedência estrangeira;

2º) direitos de entrada, saída e estadia de navios, sendo livre o comércio de cabotagem às mercadorias nacionais, bem como às estrangeiras que já tenham pago impostos de importação;

3º)taxas de selo, salvo a restrição do art. 9º, § 1º, nº I;

4º)taxas dos correios e telégrafos federais.

§1º- Também compete privativamente à União:

1º)a instituição de bancos emissores;

2º)a criação e manutenção de alfândegas.

§ 2º - Os impostos decretados pela União devem ser uniformes para todos os Estados.

§ 3º - As leis da União, os atos e as sentenças de suas autoridades serão executadas em todo o País por funcionários federais, podendo, todavia, a execução das primeiras ser confiada aos Governos dos Estados, mediante anuência destes.(grifo nosso).

No mesmo sentido, atualmente aduz nossa Constituição Federal de 1988¹⁰, nos artigos 1º, 3º e 170(verbis):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;(Grifo nosso)

V - o pluralismo político.

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

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;(Grifo nosso)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Da Ordem Econômica e Financeira

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente; (grifo nosso)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Cumprir observar que “a referência a esses textos serve para acentuar que, ao estatuir como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a Constituição conformou um modelo de mercado assentado, de um lado, na liberdade de iniciativa econômica, de outro, na valorização do trabalho e na defesa do consumidor, princípios conducentes, todavia, à consecução de um preciso fim – a construção de uma sociedade solidária - livre, justa e solidária, como

⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de; *Direito Material Coletivo. Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma Summa Divisio Constitucionalizada*. Editora Del Rey 2008. Pág. 437.

⁹ Disponível em www.presidencia.gov.br, acessado em 20/01/2009.

¹⁰ Disponível em www.presidencia.gov.br, acessado em 20/01/2009

afirma o art. 3º¹¹

Tal concepção é também claramente prevista no Código Civil de 2002, onde se verifica, por exemplo, a intervenção do estado na propriedade, nos contratos, exigindo-se a boa-fé, a função social, etc...

O objetivo do dirigismo, pois, é efetuar uma limitação à autonomia privada, no sentido de que ela fica tolhida, porque certos aspectos da realidade jurídico-contratual já estão preestabelecidos a partir de normas jurídicas estatais.

Como se vê, trata-se sempre da atuação do poder público na atividade econômica limitando a forma de contratar, a liberdade ou não de contratar (o que na época do Estado liberal era impensável), a liberdade de poder ou não escolher a outra parte contratante, etc.

Daí temos o dirigismo contratual do Estado, onde são impostas normas e regras de condutas contratuais, sendo efetivamente dirigidas.

Neste sentido, assevera LÔBO¹²:

Note-se que o dirigismo contratual se verifica através da intervenção do Estado nos contratos, inicialmente no sentido de efetivar o equilíbrio entre as partes contratantes, criando normas gerais com esse intuito. Posteriormente, o interesse

social é trazido à tona, com o estado ditando as regras no sentido de preservá-lo.

Exemplo típico de dirigismo contratual está no seguro obrigatório dos automóveis. Percebe-se que, neste tipo de contrato, o particular, em primeiro lugar, é obrigado a contratar, ou seja, uma vez adquirido um automóvel, surge a obrigação de contratar, haja vista que o seguro é uma espécie de contrato no nosso direito positivo. Além de o particular ter que contratar, não pode, de igual sorte, determinar com qual seguradora contratar: tudo é feito por parte dos Departamentos Estaduais de Trânsito (DETRAN's), sem a mínima interferência do particular.

5 - DA CONCLUSÃO

Demonstrou-se por intermédio do presente a transformações e avanços sociais decorrentes da inicial concepção naturalista do mercado.

Do fruto dessas transformações, temos um Estado que normatiza e regula as relações de direito privado, para assegurar sua finalidade e objetivos, sempre lastreados pelo objeto maior que é o interesse social, tendo a função de zelar pelo bem-estar dos que compõem a sua estrutura.

¹¹ COSTA, Judith Martins. op. cit. pág.620.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Neto. op. cit. pág. 27

6 - BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de; *Direito Material Coletivo. Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma Summa Divisio Constitucionalizada*. Editora Del Rey 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Editora Del Rey, Belo Horizonte. 2007.

COSTA, Judith Martins, *A reconstrução do direito privado*. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, (org.) Celso Antonio Bandeira de Melo*, São Paulo, Malheiros.

LÔBO, Paulo Luiz Neto: *O Contrato - Exigências e Concepções Atuais* (n. 30)

3.3.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.3.1 FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo à luz do Novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal.** 2ed. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2006, 326p.

Nessa conhecida obra do Professor Doutor Luiz Edson Fachin estão assentadas as premissas da teoria por meio da qual autor defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, e cuja proteção está acima do interesse dos credores. Tal proposta fundamenta-se no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e de uma hermenêutica crítica e construtiva da codificação civil.

Como é cediço, foi com base nessa tese que o autor galgou a titularidade de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, com nota máxima e à unanimidade. Como bem lançado por Gustavo Tepedino, no prefácio da 1ª edição, “O livro lança os alicerces de uma hermenêutica crítica e construtiva,

capaz de revisitar institutos clássicos do estatuto patrimonial das relações privadas, funcionalizando-os para a promoção da pessoa humana e de sua dignidade”.

Sem dúvida, o tema relativo ao patrimônio mínimo é uma das mais belas teses desenvolvidas pela doutrina e, sob a mão do eminente jurista, ganhou contornos definitivos no direito brasileiro, quer seja pelo brilhantismo de sua exposição, quer seja pelo conteúdo e sistematização insuperáveis. Vale citar:

A garantia de um patrimônio mínimo conecta-se com a superação da compreensão formal dos sujeitos e funda o intento de realização das necessidades fundamentais. Há, pois, um mínimo a assegurar-se, sem que seja a menor parte de um todo; é uma construção de possibilidade que emerge sob a crítica de um sistema jurídico aberto e plural, no Direito que se alimenta da vida e frutifica nas aspirações emancipatórias da dignidade humana.

B) Artigos

3.3.3.2 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Família, Sociedade e Educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna.** IN REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES. Porto Alegre (Magister); Belo Horizonte (IBDFAM). Edição de lançamento. Ano IX, out-nov. de 2007, nº 0, p. 7-25.

O Professor Eduardo Bittar, Livre-Docente, Doutor e pesquisador, é um dos mais conceituados juristas brasileiros da atualidade, com vasta experiência na Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito, Direitos Humanos.

Neste interessante texto, de profundidade teórica apreciável, observamos que:

A presente investigação retira força do interior da reflexão frankfurtiana, especialmente com Horkheimer, Habermas e Fromm, e se propõe a pensar criticamente os desafios trazidos pela sociedade capitalista à idéia de família, na medida em que se constatarem alterações profundas na estrutura de produção e na estruturação da formação do indivíduo no seio da família, chegando-se à constatação de que a perda da autonomia é o maior risco para o indivíduo. (p. 7)

Assim, Eduardo Bittar explica como as mudanças ocorridas no mundo do trabalho trouxeram consequências muito específicas para dentro do universo da família. E mais: a que tipos de ameaças a família, como unidade protoformadora da personalidade e da sociedade, estaria sujeita? E o indivíduo: também estaria vulnerável a essas ameaças, tanto do ponto de

vista psíquico, quanto do ponto de vista social?

É dentro dessa proposta envolvente que o autor desenvolve temas como Sociedade da Sensação, o peso social sobre o afetivo, individualização do doméstico, comprometimento da formação individual, entre outros.

E assim, chega a afirmar que o resultado da crise da família é o enfraquecimento da capacidade de autonomia do indivíduo. Vale citar:

Nesse sentido, como o indivíduo tem o seu decreto de nascimento no interior da família, e como nível de socialização primordial, o enfraquecimento das instituições ligadas à identidade familiar trazem como consequência a própria desestruturação do *indivíduo-ele-mesmo*, pois a sensação de desnorte é acompanhada pela dúplice perspectiva, de um lado, as pressões por uma abertura de alternativas e possibilidades de escolha, de outro lado, o decréscimo da capacidade de exercer com autonomia e responsabilidades escolhas, uma vez que a orientação primordial parte da identidade do próprio núcleo familiar. O prejuízo social é incomensurável, na medida em que os efeitos em cascata são sucessivos e ininterruptos. (p. 21)

3.3.4 Jurisprudência da área

3.3.4.1 TJMG, 5ª Câmara Cível. Adoção. Invalidação. Ponderação no caso concreto sob a ótica dos direitos fundamentais do menor

EMENTA: ADOÇÃO - ELEMENTOS E CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS - DIREITO FUNDAMENTAL - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - CANCELAMENTO DO ATO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EM ABSTRATO, NO CASO CONCRETO - INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA/SOCIOLÓGICA - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - TEORIA DA CONCREÇÃO JURÍDICA - TÉCNICA DA PONDERAÇÃO - SITUAÇÃO FÁTICO-SOCIAL - CRIANÇA - PROTEÇÃO INTEGRAL, COM ABSOLUTA PRIORIDADE - SENTENÇA ANULADA - RECURSO PROVIDO. Tem-se o conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés de tutela. Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança, advinda de relacionamento “aparentemente” incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios. Inteligência dos arts. 5º da LICC; 3º e 4º, caput do ECA; e 226, caput e 227, caput da CF).

(...)

Trata-se de realidade fática - singular, diferenciada e especialíssima - cujo exame exige cautela e ponderação, porquanto envolve valores ético-constitucionais, impendendo exarar que “as disposições legais não esgotam todo o conteúdo da tutela da personalidade humana, surgindo aspectos que não encontram proteção nas normas legais existentes”, como ensina Sílvio Romero Beltrão (op. cit., p. 53).

A ilustre Promotoria de Justiça, preocupada com as graves consequências que poderão advir da relação tida como incestuosa, recomenda, verbis: “Embora tenhamos exaustivamente pesquisado doutrina e jurisprudência não fomos felizes em localizar nenhuma orientação para este caso singular. Seria de prudente arbítrio que instância superior apreciasse a matéria posta em exame para que sirva de bússola para novas prestações jurisdicionais” (f. 30).

Poder-se-ia, simplesmente, negar provimento ao recurso, ao singelo argumento de que “A adoção é irrevogável” (ECA, art. 48).

Porém, mesmo que se conclua pela improcedência do pedido na instância de origem, o jurisdicionado espera e faz jus a uma motivação razoável, que não traduza, apenas, a menção a um dispositivo legal. Interpretar a lei é buscar o seu real sentido e alcance, com adstrição ao seu caráter teleológico(ou sociológico), como se extrai do art. 5º da LICC, norma de sobredireito, verbis: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Não pode o julgador, pois, olvidar que “A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças”. (STF, Ciência Jurídica, 42:58).

Tem-se, de um lado, o texto letárgico e indiferente da lei, que estabelece a irrevogabilidade da adoção; de outro, prerrogativa fundamental, atinente à dignidade da pessoa humana, cuja peculiaridade

e especificidade, do caso concreto, recomenda (ou melhor, exige) a análise sob inspiração hermenêutico-constitucional, com engenhosidade intelectual, social e jurídica, a fim de se alcançar o escopo magno da jurisdição: a pacificação social.

Acerca da interpretação teleológica (ou sociológica), com o costumeiro brilho, em anotação ao art. 5º da LICC, ensina Maria Helena Diniz:

A interpretação teleológica é também axiológica e conduz o intérprete-aplicador à configuração do sentido normativo em dado caso concreto, já que tem como critério o fim prático da norma de satisfazer as exigências sociais e a realização dos ideais de justiça vigentes na sociedade atual. [...] O art. 5º está a consagrar a equidade como elemento de adaptação e integração da norma ao caso concreto. A equidade apresenta-se como a capacidade que a norma tem de atenuar o seu rigor, adaptando-se ao caso sub judice. Nesta sua função, a equidade não pretende quebrar a norma, mas amoldá-la às circunstâncias sociovalorativas do fato concreto no instante de sua aplicação. (in Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 158/159)

Não se trata, aqui, de revogação proposta pelo adotante decorrente, por exemplo, do nascimento posterior de filho; nem de tentativa de restabelecimento do poder familiar dos pais naturais. Tem-se caso outro - diferenciado e relevante - que envolve, inclusive, atributo atinente ao estado da pessoa. Refiro-me à criança recém-nascida (certidão, f. 44) que, de fato, é fruto do amor de seus pais (primos), mas, juridicamente, provinda de relação incestuosa, já que seus pais são irmãos adotivos.

Incesto é a “união sexual ilícita entre parentes consanguíneos, afins ou adotivos”, sendo o infante tido como “torpe, incasto, incestuoso”, como se infere do Dicionário Aurélio Eletrônico (v. 3.0).

Essa a pecha, mácula e nódoa, que estigmatizarão a criança por toda a sua vida, pois estará marcada a ferrete por circunstância a que não deu causa, simplesmente porque o Judiciário se apegou exacerbadamente à interpretação meramente gramatical do dispositivo legal, reconhecendo, por via tergiversa, a aplicabilidade da parêmia latina *in claris cessat interpretatio*.

A adoção - instituto escolhido para dar assistência à apelante, quando ainda criança - não era o ideal, porque “em se tratando de parentes, melhor será a aplicação da tutela, que também satisfaz plenamente a colocação do menor em lar substituto até que atinja a maioridade civil” (Paulo Lúcio Nogueira, in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 54).

A desconfortável situação vivenciada pela apelante e seu companheiro-primo-irmão, que agora têm uma filha de tenra idade, advinda dessa união, demonstra o acerto dessa preleção doutrinária.

Não se trata de anulação do ato jurídico (adoção), porque não se apresenta inquinado por qualquer vício que a justifique; não se trata, também, propriamente, de revogação da adoção, porque o pedido não é formulado pela adotante.

Trata-se de invalidação da adoção em decorrência de múltiplos fatores: preterição, àquela época, do instituto adequado (tutela); superveniência fático-social (relacionamento amoroso entre a adotada e seu primo-irmão adotivo); efetividade da dignidade da pessoa humana (criança advinda do relacionamento); prevalência da situação fática à jurídica (nunca houve entre os envolvidos sentimento fraternal); e união acolhida e reconhecida no meio sociofamiliar.

O caso sob exame reclama a releitura do texto legal, sob inspiração sociológica, pena de preterição do conteúdo pelo invólucro e de prevalência da literalidade do texto legal sobre a mens legis, porque a finalidade da norma não é ser dura, mas justa; daí o dever do magistrado de aplicar a lei ao caso concreto, sem desvirtuar-lhe as feições, arredondando as suas arestas, sem, contudo, torcer-lhe a direção, adaptando a rigidez de seu mandamento às anfractuosidades naturais de cada espécie. [...] É, indubitavelmente, o art. 5º da Lei de Introdução que permite corrigir a inadequação da norma à realidade fático-social e aos valores positivados, harmonizando o abstrato e rígido da norma com a realidade concreta, mitigando seu rigor, corrigindo-lhe os desacertos, ajustando-a do melhor modo possível ao caso emergente.

[...]

O sentido normativo requer a captação dos fins para os quais se elaborou a norma, exigindo, para tanto, a concepção do direito como um sistema dinâmico, o apelo às regras da técnica lógica válidas para séries definidas de casos, e a presença de certos princípios que se aplicam para séries indefinidas de casos, como o de boa-fé, o da exigência de justiça, o do respeito aos direitos da personalidade, o da igualdade perante a lei etc.

[...]

Daí ser íntima a relação entre ideologia, ciência do direito e aplicação jurídica, pois o enfoque hermenêutico deverá ser feito sob a luz da teoria da concreção jurídica, caracterizada pela circunstância de estabelecer a correlação entre norma, fato e valor, visando a uma decisão judicial que, além das exigências legais, atenda aos fins sociais e axiológicos do direito. Por isso um sistema jurídico em dada situação concreta de decisão terá que proceder a uma simplificação, ou seja, neutralizar os valores através da ideologia.

Concluindo, assevera Maria Helena Diniz que a função jurisdicional, quer seja ela de subsunção do fato à norma, quer seja de integração de lacuna normativa, ontológica ou axiológica, não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão, nitidamente criadora de norma individual, uma vez que os juízes despendem, se for necessário, os tesouros de engenhosidade para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência objetiva, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os limites de sua jurisdição. (op. cit., p. 159/169/172). (grifo nosso)

É sob esse estímulo, preocupado com os direitos fundamentais da criança nascida desse relacionamento, os quais gozam de proteção

integral, assegurada por lei ou por outros meios, com absoluta prioridade, que busco, mediante a técnica da ponderação, permitir a qualificação dessa convivência (criança e seus pais) como família, base da sociedade, com especial proteção do Estado (arts. 3º 4º, caput do ECA c/c arts. 226, caput e 227, caput da CF), medida que se impõe, também, sob a égide principiológica da proporcionalidade e da razoabilidade.

Tratando desse princípio, sob o título “O Novo Código Civil e a interpretação conforme a Constituição”, preleciona Inocêncio Mártires Coelho (in O Novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale, São Paulo: LTr, 2003, p. 45-46), verbis:

[...] o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

No âmbito do Direito Constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado, fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo.

Assim resumidos, pode-se dizer, a título de conclusão pontual, que esses princípios revelam pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação.

Daí a necessidade, de resto comum a todos os instrumentos hermenêuticos, de que sejam manejados à luz de casos concretos, naquele interminável balançar de olhos entre objeto e método, realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação. (TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0056.06.132269-1/001, Rel. Des. Nepomuceno Silva, j. 06.12.2007, DJ 09.01.2008).

3.3.4.2 TJMG, 2ª Câmara Cível. *A perda do poder familiar não é uma consequência automática do procedimento de adoção, sendo necessário um processo autônomo próprio e antecedente, observada a ampla defesa e o contraditório*

EMENTA: Apelações cíveis. Ação de adoção. Menor. Negativa de consentimento dos pais. Poder familiar. Destituição prévia. Procedimento autônomo próprio. Necessidade. Observância do Estatuto da Criança e do Adolescente. Princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Violação. Nulidade processual presente. Preliminar instalada de ofício. 1. A adoção de menor, cujos pais, expressamente, tenham oposto resistência, somente é possível se houver prévia destituição

do poder familiar. Esta deve ser obtida em ação própria que assegure a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, além dos direitos personalíssimos relativos ao poder familiar. 2. Inexistente a prova da prévia, o feito encontra-se parcialmente eivado de nulidade. 3. Apelações cíveis conhecidas e, de ofício, instalada preliminar de invalidade parcial do processo. (TJMG, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0480.06.090093-7/001, Rel. Des. Caetano Levi, j. 02.12.2008, DJ 21.01.2009).

3.3.4.3 TJRS, 8ª Câmara Cível. *Sucessão da companheira: aplicação da mesma regra em relação à cônjuge sobrevivente. Inconstitucionalidade do art. 1.790, III, do CC/02*

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO À TOTALIDADE DA HERANÇA. PARENTES COLATERAIS. EXCLUSÃO DOS IRMÃOS DA SUCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.790, INC. III, DO CC/02. Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento

igualdade do art. 1.790, INC. III, DO CC/02. Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento

paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Recurso

desprovido, por maioria. (TJRS, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70024715104, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 07/08/2008).

3.3.4.4 TJMG, 8ª Câmara Cível. Ação de guarda de menor que não se encontra em situação de risco. Competência. Vara Cível ou Vara da Família

EMENTA: AÇÃO DE GUARDA - COMPETÊNCIA - ECA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - AMPLA DEFESA - CONTRADITÓRIO - OBSERVÂNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO - INÉPCIA DA INICIAL - VALOR DA CAUSA - EMENDA - PEDIDO DE GUARDA DO MENOR DEFERIDO EM FAVOR DE SUA TIA MATERNA - INTERESSE DO MENOR - CONSIDERAÇÃO DE SUA OPINIÃO. - Não estando o menor sob situação de risco, na forma do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há que se falar em competência da Vara da Infância e Juventude. - Sem violação às garantias processuais asseguradas na Constituição da República de 1988, afastado o alegado cerceamento de defesa, deve ser aplicado o princípio da instrumentalidade das formas quanto à pretensão de inépcia da inicial, mormente em face de ter sido suprida a irregularidade. - O pedido de guarda deverá ser deferido sempre em atendimento ao interesse do menor, devendo, quando possível, o mesmo ser ouvido e considerada sua declaração, cabendo ao guardião a assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente.

(...)

Da leitura dos referidos dispositivos, infere-se que a competência será da Vara da Infância e Juventude apenas quando se tratar de criança ou adolescente que se enquadre nas hipóteses do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente,

ou seja, quando existir alguma situação de risco, lecionando, a propósito, Tarcísio José Martins Costa:

“No que tange às ações de guarda, considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos e evitar conflitos de competência, a Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais editou a Resolução n. 227/91.

De acordo com o artigo 2º, as ações ou pedidos a que se refere o parágrafo único do artigo 148 da Lei Federal n. 8.069/90, serão da competência dos juízes do Cível ou da Família, onde as houver, salvo quando se tratar de criança e adolescente enquadrado nas situações previstas no artigo 98 da mencionada lei, quando serão competentes os juízes de menores” (in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Belo Horizonte: Del Rey, p. 302).

Assim sendo, cuidando o presente caso de pedido de guarda postulado pela tia materna em face aos pais do menor, à assertiva de regularizar situação de fato, não há que se falar em competência da Vara da Infância e Juventude, razão pela qual rejeito a preliminar para reconhecer a competência do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberada. (TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0701.05.116501-0/001, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 10.04.2008, DJ 06.05.2008).

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Privatização: solução para a crise carcerária?



João Lopes

João Lopes

Delegado-Geral de Polícia em Minas Gerais. Mestre em Administração Pública/FJP. Professor Universitário. Especialista em Criminologia, em Direito Penal e Processo Penal.

RESUMO: Crítica de modo geral o Sistema Prisional do país, mostrando seus principais pontos falhos. Discute a legalidade e constitucionalidade da atual rede penitenciária nacional. Sugere, como solução para o problema, a terceirização da atividade carcerária, transferindo para a iniciativa privada a administração dos presídios. Aponta casos bem sucedidos na região sul brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão – Pena – Presídio – Ressocialização – Escola de Crimes – *Jus Puniendi* - Polícia – Administração Pública – Privatização – Terceirização – Iniciativa Privada – Presídio-Indústria – Laborterapia – Segurança – Prevenção.

Qualquer estudo atual sobre o Sistema de Justiça Criminal ou sobre Segurança Pública, para usar expressão mais comum, tem passagem obrigatória pelo Sistema Penitenciário, apontado em qualquer diagnóstico como um dos pontos vulneráveis que fragilizam ou inviabilizam a aplicação do *jus puniendi* estatal. De fato, tornam-se inócuos o trabalho da Polícia, do Ministério Público e da Justiça se as pessoas que são investigadas, acusadas, processadas e condenadas não podem, efetivamente, ser presas por falta de local para seu acautelamento ou, se esse lugar existe, não tem as condições mínimas de dignidade necessárias para ressocialização do apenado. A pena deixa de ser executada ou o é de maneira inconveniente, incoerentemente com os mezinhos princípios da prevenção especial, restando-lhe apenas e exclusivamente o seu caráter retributivo.

É patente a necessidade de mudança, não se podendo mais fechar os olhos à dantesca realidade carcerária que chega às raias da ilegalidade e inconstitucionalidade, posto que a Magna Carta, em seu artigo 1º, inciso III, garante a Dignidade da Pessoa Humana e, se não o fizesse, a Moral o faria. A Lei de Execução Penal estabelece todos os contornos de um Sistema Penal eficiente em linhas teóricas que a Administração Pública não tem conseguido transferir para o plano material. A humanização tem que fazer parte da aplicação da pena para que, punido o delito, o desejo de reincidir venha a ser exaurido com o tratamento ressocializador do sentenciado. Na realidade atual, a punição do delinquente tem servido unicamente para fazer nele crescer sentimento de revolta, de frustração, de embrutecimento de potencialização de sua capacidade delitiva, garantindo de forma inexorável, no seu retorno à sociedade, a reincidência múltipla e cruel, desconfigurando, completamente, a função preventiva da pena.

Nos dicionários, a pena é definida como retribuição imposta pelo Estado ao contraventor ou delinquente por infração cometida. Suas funções variam de conformidade com o papel

desempenhado pelo Estado na estrutura social. Criada, nos primórdios da civilização, como simples Vingança Pública ou Vingança Social, seu foco foi modificado, no século XVIII, com movimentos pela humanização na administração da Justiça, tendo como expoente, entre outros, o pensamento do Marquês de Beccaria¹. Ao invés de apenas retribuição, a pena deveria obrigatoriamente ter função preventiva, onde se inclui o tratamento para recuperação do punido.

Passados quase que trezentos anos das idéias iluministas de Beccaria, ainda se vê, infelizmente, um modelo carcerário arcaico, com superlotação dos presídios, falta de investimento na educação do detento, de sua profissionalização, de funcionários especializados, de assistência ao egresso, corrupção, ausência de separação dos internos por grau de periculosidade, rebeliões, precariedade das instalações, fugas recorrentes e, muito frequentemente, estabelecimentos prisionais sob administração da própria Polícia, numa inversão ilegal da lógica de que quem prende e investiga não deve acautelar.

Dados do Ministério da Justiça² apontam déficit de mais de 70 mil vagas e que quase 40% dos detentos são provisórios, ou seja, não receberam condenação definitiva e podem ser inocentados após julgamento de última instância. A Lei de Execuções Penais³ e o próprio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária estabelecem que os presos devem ser alojados de modo individual e que os provisórios devem ser mantidos em locais distintos dos condenados. Essas regras mínimas não são obedecidas reforçando, no Brasil, um sistema carcerário defasado e falido. Acresça-se a esse ambiente a falta de higiene, de leitos, alimentação precária, ausência de serviço médico, consumo de drogas, abusos sexuais, condições propícias à violência de todo gênero, inexistência de perspectiva de reintegração e de política ampla e inteligente para o setor, numa privação dos meios primários constitucionalmente garantidos à Dignidade da Pessoa Humana.

¹ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas- Martin Claret – SP- 2000.

² www.mj.gov.br - acesso em 10 mar 2006

³ Lei nº 7210/84

Esse trágico contexto é que sugere a privatização do sistema penitenciário. Adotado, hodiernamente, em diversos países, tal modelo enseja polêmica na seara jurídica, pois que conclama a iniciativa privada a cooperar com o Estado na incumbência da execução penal.

Entre as várias modalidades de privatização⁴ se acha a que nos interessa sobremaneira, chamada de **Terceirização**. Seu conceito administrativo⁵ advém da idéia de que terceira pessoa, em princípio estranha, seja admitida, sob forma de co-gestão, em determinado processo de competência estatal. Nesse modelo, o Estado poderia contratar, através de licitação⁶, empresa privada para gerenciamento do presídio, impondo, nessa atividade características gerenciais próprias, inclusive podendo se utilizar da mão de obra do encarcerado para as funções do chamado **presídio indústria** – onde há ganhos para a empresa e para o recluso –, recebendo do Estado o preço estipulado em contrato. A idéia é de que o setor privado eliminaria a burocracia pública e reduziria os custos da atividade, desonerando a Administração Pública e o contribuinte. Haveria um trabalho de co-gestão, ficando a chamada hotelaria por conta da empresa concessionária, ao Estado incumbindo a tarefa da fiscalização.

Pode parecer, inicialmente, que a Empresa Privada não alimenta interesse no combate à criminalidade, objetivo teórico da administração penitenciária, vez que pode auferir lucro da existência da própria criminalidade. Também que o domínio sobre o indivíduo faz parte da natureza da pena e que somente ao Estado será moralmente lícito obter receita do mesmo. O princípio ético está inculcado nas Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, da ONU⁷. Porém não deve ser considerado, *in casu*, de forma absoluta porque a própria LEP, em benefício exclusivo do próprio interno, prevê a remissão da pena, redução do tempo a ser cumprido em relação ao de trabalho efetivado, como também o contexto pode ensejar a dita laborterapia, consistente na recuperação da pessoa através da dedicação ao trabalho lícito e remunerado.

Se no ambiente capitalista a Iniciativa Privada administra bem o seu dinheiro, por força contratual viria a gerenciar o seu e o interesse estatal na mesma empreitada. O preso não ficaria em perversa ociosidade, mas ocuparia o seu tempo livre em trabalho que lhe seria educativo e rentável financeiramente.

Mais um obstáculo à terceirização se coloca em decorrência de que a execução penal é atividade jurisdicional, sendo esta indelegável, de exercício exclusivo do Estado. Este é o maior óbice político à privatização ou à terceirização carcerária, considerado o uso legítimo da força como prerrogativa estatal correr-se-ia o risco de relativizar a soberania do Estado. Há que se ver, entretanto, que as chamadas APACs – Associação de Proteção e Assistência ao Condenado – são Organizações Não Governamentais que gerenciam, com a aprovação dos poderes constituídos, um já grande número de presídios em todo o Brasil,

estando a se afigurar como uma das prováveis soluções para o sistema penitenciário, no seu formato e doutrina próprios. Ainda, D'URSO⁸ assevera que não se está transferindo função jurisdicional para o particular, mas tão somente a responsabilidade pela comida, limpeza, vestuário, hotelaria, enfim função material da execução da pena, permanecendo com o Estado o poder de dizer quem será preso, por quanto tempo e qual a forma de punição. Fica certo, assim, que da mesma forma que é permitida a delegação, através de licitação, para construção de obra pública, também as atividades administrativas extrajurisdicionais poderiam ser repassadas a empresas privadas sem prejuízo nem relativização do *jus puniendi* estatal.

Já existem, no Brasil, exemplos pioneiros do que aqui se defende, tratando-se de parceria entre a Segurança Pública e a Segurança Privada, na qual o presídio é administrado pelo Governo Estadual, com serviços de segurança interna, assistência médica, psicológica, jurídica e social prestados por empresa particular. Só no Estado do Paraná existem quatro dessa espécie: Casa de Custódia de Curitiba, Casa de Custódia de Londrina, Presídio Estadual de Piraquara e Presídio Estadual de Foz do Iguaçu⁹.

Por essa razão, o Paraná figura como o Estado onde há maior número de encarcerados desempenhando alguma atividade laborativa. Lá, 72 % dos presos trabalham, sendo que o benefício para eles é evidente, posto que para cada três dias de trabalho, um é reduzido no tempo da pena e a remuneração pode chegar a 75% do salário mínimo, tudo em conformidade com o que dispõe a LEP. A Casa de Custódia de Curitiba possui sistema de segurança exemplar, com painéis eletrônicos de controle automatizado. A segurança externa é feita por empresa terceirizada e a interna por agentes de disciplina, contando com portões eletrônicos, monitoramento com câmeras de vídeo, alarmes sonoros, detectores, fixos e móveis, de metais, rádiotransceptores etc¹⁰.

A Penitenciária de Londrina trata-se de estabelecimento para cumprimento de pena em regime fechado, de segurança máxima, com capacidade para 504 internos. Só a segurança externa é feita pela Polícia Militar. Possui sofisticado sistema eletrônico de segurança, mas investe na reintegração do preso, zela pelo seu bem-estar através da profissionalização e educação, assistência jurídica, psicológica, social, médica, odontológica, religiosa e material, além da assistência social aos familiares do recluso. Investe na área cultural e atividades artísticas como teatro e música, estimulando a criatividade.

A Penitenciária de Piraquara, também de segurança máxima, tem capacidade para 543 presos. Possui além de requisitos modernos de vigilância, área para cultivo de horta numa área de 7.500m² e canteiros de trabalho. Tem blocos exclusivos para visitas de familiares, visitas íntimas, espaço exclusivo para banho de sol, quadras poliesportivas. No quadro funcional, constam agentes de disciplina, advogados, médicos, dentistas, psicólogos, psiquiatras, terapeutas ocupacionais, assistentes sociais,

⁴ Maurício Kuene relaciona 04 espécies: administração total pela empresa privada; construção do presídio pela empresa privada; utilização do trabalho dos presos pela empresa privada (prisão indústria) e terceirização- Disponível em www.cjf.gov.br, acesso em 13 jun 2006.

⁵ Dicionário Jurídico – Academia Brasileira de Letras Jurídicas/JM Othon Sidou – 7ª edição – Forense-RJ

⁶ Código de Licitação – Lei nº 8.666/93

⁷ I Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes – Genebra/1955

⁸ D'URSO, Luis Flávio Borges. Privatização de Presídios.

⁹ Disponível em www.mj.gov.br/depen - acesso em 14 jun 2006

¹⁰ Todos os dados extraídos do *site* do Ministério da Justiça/Departamento Penitenciário Nacional.

pedagogos, técnicos em enfermagem e farmácia. Todo o corpo funcional como os familiares dos presos são submetidos a sofisticado sistema de identificação ótica que registra dados pessoais, impressões digitais e imagem de cada pessoa. A administração é levada a efeito pela empresa de segurança Montesinos, de Santa Catarina.

Ainda no Paraná, tem-se belo exemplo de presídio indústria: Guarapuava. Destinada a presos em regime fechado, comporta 240 internos. Seu funcionamento está assentado no tripé formado pelo Estado, a quem compete a administração e a custódia do preso; pela empresa contratada, responsável pela operacionalização da Unidade e pela iniciativa privada – fábrica de sofás e fábrica de palitos – responsável pela disponibilização do trabalho para os sentenciados.

Por fim, registre-se que a realidade carcerária brasileira é, no mínimo, preocupante. Superlotação, falta de estrutura básica e de tratamento digno para o interno. Os presídios perdem sua função de ressocializar e assumem a postura nefasta de se

constituírem em “Faculdade do Crime”, com a pedagogia da revolta, da desilusão e do desespero de quem, ao se ver fisicamente liberto, continuará manietado pelos grilhões da violência, da exclusão social, intelectual e do apego ao triste passado de exclusivas perdas.

Diante deste cenário, torna-se forçoso advogar em favor da Terceirização dos Serviços Carcerários como proposta de enfrentamento da indiscutível crise do sistema. Há consciência de que a modificação não se poderá implementar de forma simples nem com modestos remendos. Mas a necessidade de mudança é pacífica e este tímido estudo pretende, tão somente, mostrar trilhas que podem ser percorridas no campo jurídico ou mesmo no plano administrativo de experiências inovadoras já em curso no país. É preciso, para isso, vontade política com a consciência de que os gastos com a rede prisional são, além de compromisso humanitário com a dignidade da pessoa presa, investimentos estratégicos na prevenção criminal.

3.4.2 Análise do Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à luz dos Direitos Humanos Internacionais

Carlos Frederico Braga da Silva

Juiz de Direito em Minas Gerais

Ao dispor que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a jurígena condição de ser humano e repele a visão tradicional de que os direitos somente poderiam ser conferidos pelos Governos, concretizando o entendimento de que “o direito a ter direitos” se trata de conquista histórica universal.

Estabelece o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que o regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação social dos prisioneiros, regra reiterada no Pacto de San José da Costa Rica. A jurisprudência do STF é no sentido de que referidos tratados possuem status normativo supralegal, tornando inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante. O Ministro Celso de Mello entende que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade. Esclarece, ainda, que assiste ao Magistrado o dever de conferir efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. O Desembargador Almeida Melo ensina que a constitucionalização do Direito é a penetração da Constituição para dar forma e vida às leis infraconstitucionais dotadas de valor fundamental.

Pelo Código Penal, o juiz estabelecerá a pena aplicável conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. A execução penal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado.

No 1º Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes foi definido que o fim e a justificação de uma pena de prisão é, em última instância, proteger a

sociedade contra o crime, bem como que o sistema penitenciário deve empregar, tratando de aplicá-los conforme as necessidades do *tratamento individual dos delinquentes*, todos os meios curativos, educativos, morais, espirituais e de outra natureza, e todas as formas de assistência de que pode dispor.

A palavra *tratamento*, na tradição do Direito Penal brasileiro, sempre esteve ligada à medida de segurança. A meu sentir, faz-se necessária uma intervenção penitenciária complexa e multidisciplinar, dotada de eficácia suficiente a evitar a reincidência daquele submetido ao regime prisional, a ser ministrada de maneira contemporânea à experiência carcerária. As circunstâncias de cada caso, aliadas à indispensável manifestação de vontade do condenado, irão reger o seu desenvolvimento, influenciar o resultado obtido e concretizar a disposição constitucional da individualização da pena durante a fase de execução.

O Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais possui cúpula e hierarquia. A Corte Superior editou resolução considerando que a função essencial da pena é a ressocialização do condenado, e que o art. 4º da Lei de Execução Penal preceitua que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena. Assim, criou o “Projeto Novos Rumos na Execução Penal”, com o objetivo de incentivar a criação das Associações de Proteção e Assistência aos Condenados, instituição apta a desenvolver método de valorização humana para oferecer ao condenado melhores condições de se recuperar, visando a proteger a sociedade e promover a Justiça. Trata-se de concretização de direito humano fundamental expressamente previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como de interpretação autorizada feita por Órgão Superior das disposições legais incidentes à espécie, de observância cogente e de aplicação obrigatória no âmbito da sua jurisdição. O projeto

de humanização da execução penal instituiu verdadeira *política pública de execução penal no Estado* e surgiu porque foi oficialmente identificada a parceria apta a auxiliar o Poder Judiciário na função constitucional e humanística que lhe compete.

O aprimoramento do Estado Democrático de Direito no Brasil demanda o resgate da credibilidade do Poder Judiciário, bem como a devolução da tranquilidade das ruas à população. O desafio que agora se apresenta é implementar a inteireza lógica do método, levando em consideração as particularidades e as necessidades de cada uma das comarcas das Minas Gerais, bem como

municar os Magistrados mineiros da estrutura e das razões de convencimento a serem utilizadas no desenvolvimento rotineiro das suas atividades, para que a execução penal atinja as compulsórias finalidades prescritas pelo Direito.

Registre-se que a APAC de Nova Lima foi indicada como a melhor instituição penitenciária do Brasil pela CPI do sistema carcerário, bem como que o Projeto Novos Rumos na Execução Penal tem o apoio do Poder Executivo de Minas Gerais, que está investindo cerca de R\$ 18,5 milhões na construção de novas APACs.

3.4.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.4.3.1 ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites.** Del Rey: Belo Horizonte, 2008, 157p.

O Promotor de Justiça Marcelo Schirmer, do Ministério Público de Minas Gerais, é também Especialista em Ciências Penais pelo CAD/UGF e Mestre em Direito e Processo Penal pela UFMG.

Nessa obra, fruto de seus estudos na pós-graduação *lato sensu*, o jovem autor escreve a respeito da garantia da não auto-incriminação a partir de um viés constitucionalista e atento ao que há de mais vanguardista na doutrina do processo penal brasileiro.

Além de trazer importantes notas históricas sobre o surgimento do tema (formação dos estados modernos, supressão das liberdades públicas e garantias fundamentais, reação iluminista, Constituição Federal de 1988), Marcelo Schirmer faz uma releitura à luz do Estado Democrático de Direito (instrumento de regulação do exercício do poder jurisdicional, princípio do

contraditório, afirmação do princípio da presunção de não-culpabilidade, *nemo tenetur se detegere* e atividade probatória no direito comparado) para, ao final, traçar um panorama sobre a extensão e limites da aludida garantia (direito ao silêncio, reconstituição simulada de crime, aspectos gerais da produção probatória, extensão subjetiva da garantia de não auto-incriminação, conseqüências da recusa) etc.

E assim, cumpre o livro a missão de apresentar uma visão revigorada de um processo penal exageradamente conservador, embora não deixe de observar criteriosamente os princípios basilares desse ramo da ciência jurídica. Segundo o próprio autor: “Almejamos, porém, contribuir na construção de um garantismo consequente (na feliz expressão do Professor Pacelli), no qual a equação direitos fundamentais (dos acusados) e tutela penal dos bens jurídicos (da sociedade) esteja bem posta”. (p. xiv)

B) Artigos

3.4.3.2 ISAACSSON, Gisela Brum. **Crimes contra a administração pública: um estudo sobre a possibilidade de não propositura da ação penal face ao princípio da insignificância.** IN REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM). Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 16, set-out. de 2008, n° 74, p. 299-338.

Gisela Brum Isaacsson é Especialista em Direito Processual pela Universidade Católica de Pelotas (RS), além de advogada e Procuradora do Município de Pelotas (RS).

Em que pese a jurisprudência pátria posicionar-se majoritariamente no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância em face da Administração Pública, a autora sustenta que “esse princípio não deve ser aplicado de forma impensada, muitas vezes por receio de passar uma idéia de desídia com o bem público ou falta de zelo com a moralidade administrativa” (p. 334)

Entre os vários aspectos abordados no trabalho, temos a referência a alguns acórdãos no sentido de reconhecer o crime de bagatela contra a administração pública, especialmente no que diz respeito ao delito de peculato. Além disso, são apresentadas algumas teorias constitucionalistas ou valorativas usadas no pro-

cesso de escolha de bens juridicamente protegidos pelo Direito Penal (teorias constitucionais amplas e teorias de fundamento constitucional restrito).

Outrossim, o texto também traz um breve estudo sobre a ação penal e seu tratamento legal e principiológico atual, bem como discorre especificamente sobre os crimes contra a administração pública (conceito de administração pública, diferenças entre ilícito penal e ilícito administrativo, objeto jurídico etc.).

Por fim, Gisela Brum apresenta a sua crítica muito bem fundamentada ao entendimento dominante para, em seqüência, apresentar aquele que seria, em sua visão, o tratamento penal mais adequado da matéria.

3.4.4 Jurisprudência da área

3.4.4.1 TJMG, 5ª Câmara Criminal. *Revogação da prisão domiciliar. Desconsideração do tempo cumprido no cômputo da pena. Impossibilidade*

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - PRISÃO DOMICILIAR - DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES - REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO - DESCONSIDERAÇÃO DO PERÍODO EM QUE O APENADO ESTEVE EM PRISÃO DOMICILIAR - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. - Revogada a prisão domiciliar

ante o descumprimento das condições impostas, não há que se falar em desconsideração do tempo de cumprimento de pena durante o benefício, devendo ser computado o período já cumprido para fins de prosseguimento na execução. (TJMG, 5ª Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal nº 1.0000.08.477679-8/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, j. 02.12.2008, DJ 19.01.2009)¹.

3.4.4.2 TJMG, 4ª Câmara Criminal. *Revogação da prisão domiciliar. Desconsideração do tempo cumprido no cômputo da pena. Possibilidade*

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - PROGRESSÃO PARA REGIME ABERTO - PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR EXTRAORDINARIAMENTE CONCEDIDA - DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES - REVOGAÇÃO RETROATIVA DO BENEFÍCIO - DESCONSIDERAÇÃO DO PERÍODO DE PENA JÁ CUMPRIDO - ADMISSIBILIDADE. - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. Revogada

a prisão domiciliar anteriormente concedida ao agravado, pelo não-cumprimento das condições impostas, esse período não pode ser considerado para cômputo de cumprimento da pena. (TJMG, 4ª Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal nº 1.0000.08.470793-4/001, Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, j. 05.11.2008, DJ 24.11.2008)

3.4.4.3 TJMG, 2ª Câmara Criminal. *Liberdade Provisória. Crime de Tráfico Drogas. Vedação. Critério da especialidade das leis*

EMENTA: 'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INSUSCETIBILIDADE. LEI Nº 11.464/07. NÃO-APLICAÇÃO. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.- O crime de tráfico de drogas é insuscetível de liberdade provisória, 'ex vi' do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, mesmo porque a Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, não se aplica ao delito de tráfico, por força do critério da especialidade.- A alegação da existência de condições pessoais favoráveis do paciente (primariedade, bons antecedentes, residência fixa, ocupação lícita), por si só, não garante eventual direito subjetivo à revogação da prisão preventiva.

11.343/06. Com a devida vênia, a Lei nº 11.464/07, que deu nova redação ao artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, não se aplica ao delito de tráfico, por força do critério da especialidade das leis.

(...)

Outro não é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, vazado em recentes decisões. Vejamos: "HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, CAPUT, E 35 C/C O ART. 40, V DA LEI 11.343/06). LIBERDADE PROVISÓRIA. DESCABIMENTO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. APREENSÃO DE ELEVADO MONTANTE DE ENTORPECENTES. PACIENTE NÃO RESIDENTE NO DISTRITO DA CULPA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR JUSTIFICADA. ORDEM DENEGADA. 1. A vedação de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na hipótese de crimes hediondos, encontra amparo no art. 5º. LXVI da CF, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações; assim, a mudança do art. 2º. da Lei 8.072/90, operada pela Lei 11.464/07, não viabiliza tal benesse, conforme entendimento sufragado pelo Pretório Excelso e acompanhado por esta Corte. Em relação ao

(...)

Os pacientes foram presos em flagrante delito e, posteriormente, denunciados por infração aos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11.343/06. Data venia, não vejo como acolher a tese do Impetrante de que é possível a concessão de liberdade provisória ao crime de tráfico, em razão do disposto no artigo 44 da Lei nº

¹ No mesmo sentido: CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO. PACIENTE QUE SE ENCONTRAVA CUMPRINDO PENA EM REGIME DOMICILIAR. REVOGAÇÃO RETROATIVA. DESCONSIDERAÇÃO DO PERÍODO DE PENA JÁ CUMPRIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DO SURSIS. CÔMPUTO DO LAPSO TEMPORAL DA REPRIMENDA JÁ CUMPRIDO EM PRISÃO DOMICILIAR PARA TODOS OS FINS. ORDEM CONCEDIDA. Não evidenciado que a prisão domiciliar tenha sido revogada durante o seu regular cumprimento, é descabido o efeito retroativo da decisão que anulou o referido benefício, com fundamento na prática de falta grave pelo paciente, e a desconsideração do tempo de pena já cumprido. Não há como se aplicar as regras relativas à suspensão condicional da pena ao regime de prisão domiciliar, já que, nessa última hipótese, o sentenciado encontra-se, de fato, cumprindo pena, ainda mais se o regime de domicílio foi deferido sob o fundamento de falta de vaga no regime aberto, estabelecido na sentença condenatória. A prisão domiciliar tornou-se, in casu, sucedâneo do regime prisional aberto, sendo que o paciente permaneceu cumprindo a reprimenda que lhe foi imposta. O instituto do sursis significa a suspensão do cumprimento da pena, sob a imposição de certas condições, sendo que, se revogado o referido benefício, o sentenciado deverá efetivamente cumprir a reprimenda imposta na condenação. Características substanciais da suspensão condicional da pena e do regime de prisão domiciliar que são diversas. Revogada a prisão domiciliar anteriormente concedida ao paciente, pelo advento de nova condenação em regime fechado, deve ser computado o período já cumprido para fins de concessão do benefício do livramento condicional. Impõe-se a cassação do acórdão impugnado, bem como da decisão monocrática que atribuiu efeito retroativo à revogação do regime de prisão domiciliar, nesta parte, para que o período de cumprimento da pena no mencionado regime seja considerado para todos os fins, especialmente para a obtenção do livramento condicional. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ, 5ª Turma, HC 23579 / MG, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 17.12.2002, DJ 10.03.2003, p. 264)

crime de tráfico ilícito de entorpecentes, referido óbice apresenta-se reforçado pelo disposto no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que a proíbe expressamente. (...) 4. Habeas Corpus denegado, em consonância com o parecer Ministerial”

3.4.4.4 TJPR, 5ª Câmara Criminal. *Liberdade Provisória. Crime de Tráfico de Drogas. Possibilidade. Conflito de leis no tempo*

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO - TRÁFICO DE DROGAS - CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA PELO MAGISTRADO SINGULAR - REVOGAÇÃO TÁCITA DO ARTIGO 44 DA LEI 11.343/06 PELA NOVA REDAÇÃO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS DADA PELA LEI 11.464/07 - POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS - PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA - NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA -RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO COM EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. 1. Com o advento da Lei 11.464/07, que alterou a Lei 8.072/90, passou-se a permitir a liberdade provisória aos acusados pela suposta prática de crimes hediondos ou a ele equiparados, desde que ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. 2. A gravidade do delito demonstrada pelo modus operandi, quantidade e natureza da droga, evidencia a necessidade da garantia da ordem pública, no intuito de acautelar o meio social e manter a tranquilidade pública. 3. A primariedade e residência fixa não obstam a manutenção da prisão preventiva, já que presentes os requisitos desta medida cautelar.

(...)

Primeiramente, no que diz respeito à possibilidade de concessão de liberdade provisória no caso em tela, necessário se faz esclarecer a celeuma acerca da vigência do artigo 44 da Lei 11.343/06 e da Lei 11.464/07.

O delito imputado ao paciente, conforme previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, que trata especificamente do tráfico ilícito de drogas, é insuscetível de liberdade provisória, nos termos do artigo 44 ora transcrito:

Art. 44 - Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Com a alteração trazida ao artigo 2º, II da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, suprimiu-se a impossibilidade de concessão de liberdade provisória, restando a seguinte redação:

Art 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

II - fiança (omissis).

A celeuma se instaura na medida em que os acusados por crimes hediondos, dada a alteração legal ocorrida a partir de 29/03/07,

(HC nº 85261/SP; Rel. Min. Napoleão Maia Nunes Filho; data julgamento 11/03/08). (TJMG, 2ª Câmara Criminal, HC nº 1.0000.08.485399-3/000, Rel. Des. Renato Martins Jacob, j. 08.01.2009, DJ 23.01.2009)¹.

por este motivo, podem receber liberdade provisória, enquanto que os acusados pela suposta prática de crime capitulado na Lei de Drogas (11.464/07) não podem ser beneficiados com tal liberdade dada a expressa previsão legal.

(...)

Ocorre, porém, que há entre a Lei de Drogas e a Lei 11.464/07 que alterou a Lei de Crimes Hediondos, conflito de leis no tempo e não conflito aparente de normas.

O conflito aparente de normas é instituto aplicável ao direito penal e ocorre quando mais de uma norma regula um mesmo fato criminoso, encontrando-se, ambas, em vigor, mas apenas uma delas é aplicável ao caso.

Luiz Regis Prado expõe brilhantemente a matéria: “o concurso aparente de leis penais (segundo alguns, concurso ideal impróprio, concurso aparente de tipos) diz respeito à interpretação e aplicação da lei penal. Verifica-se na situação em que várias leis são aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, mas, na realidade, apenas uma tem incidência. Sendo assim, não há verdadeiramente concurso ou conflito, mas tão-somente aparência de concurso, visto que existe transgressão real de apenas uma lei penal, o que dá lugar também a um único delito.” (grifo não original)

Mais adiante esclarece: “(...) para que ocorra um concurso aparente de leis, certos pressupostos são exigidos: unidade de fato e pluralidade de leis. Desse modo, deve haver um só fato - correspondente a uma única violação real da lei - e, pelo menos, duas normas concorrentes com aparente aplicabilidade.

Extrai-se da lição de Cezar Roberto Bitencourt, que haverá concurso aparente de normas penais quando presentes: “a unidade de conduta ou de fato, pluralidade de normas coexistentes e relação de hierarquia ou de dependência entre essas normas”.

Para solucionar o concurso aparente de normas a doutrina avoca os princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção ou absorção. O Código Penal não regulamenta esta situação, devendo a mesma ser revivida nos moldes apresentados pela doutrina.

(...)

Já o conflito de leis penais no tempo é instituto decorrente da Teoria Geral do Direito. Encontra-se previsto na Lei de Introdução ao Código Civil, especificamente no artigo 2º, §1º:

Art 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

¹ No mesmo sentido: **EMENTA:** DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR DO STJ. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NÃO-CONHECIMENTO. 1. A questão de direito tratada nos autos deste habeas corpus diz respeito à suposta ausência de fundamentação na decisão do juiz de direito que indeferiu o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa do paciente, denunciado como incurso nas sanções dos arts. 12 c.c. 18, III, ambos da Lei nº 6.368/76. 2. O presente habeas corpus não deve ser conhecido, eis que não houve decisão colegiada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, incidindo claramente a orientação contida na Súmula 691, do STF. Ressalvada hipótese de ato flagrantemente ilegal ou abusivo, não há como ser desconsiderada a orientação contida na referida Súmula 691. 3. Esta Corte tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei n. 11.343/06), o que, por si só, é fundamento para o indeferimento do requerimento de liberdade provisória. Cuida-se de norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, em consonância com o disposto no art. 5º, XLIII, da Constituição da República. 4. O título contemporâneo da prisão cautelar do paciente não era mais o decreto de prisão preventiva, mas sim a sentença condenatória em que foi expressamente negado o direito de recorrer em liberdade com base na manutenção dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. 5. Habeas corpus não conhecido (STF, 2ª Turma, HC 90445 / SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 21.10.2008).

§1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Uma lei pode ser revogada expressa ou tacitamente. Será expressa quando a lei nova determinar expressamente a revogação da lei anterior. Por outro lado, será tácita quando a lei nova, mesmo que não revogue expressamente a anterior, seja com ela incompatível ou quando venha a regular totalmente a matéria da qual a lei anterior tratava.

Foi o que sucedeu com a Lei de Drogas em relação à superveniência da Lei de Crimes Hediondos.

A doutrina penalista trata do conflito de leis no tempo através do estudo da regra prevista no artigo 2º do Código Penal, que, explicando que lei posterior mais favorável deve atingir casos pretéritos, assim determina:

Art 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Conforme ensina Julio Fabbrini Mirabete, “havendo conflito de leis penais com o surgimento de novos preceitos jurídicos após a prática do fato delituoso, será aplicada sempre a lei mais favorável. Isso significa que a lei penal mais benigna tem extratividade (é retroativa e ultrativa) e, a contrario sensu, a lei mais severa não tem extratividade (não é retroativa ou ultrativa). É o que se verifica com a solução legal das hipóteses de conflitos de leis penais no tempo: 1º) *novatio legis incriminadora*; 2º) *abolitio criminis*; 3º) *novatio legis in pejus*; e 4º) *novatio legis in melius*.”

Nesses casos, ressalta Asúa: “são inúteis regras casuísticas e abstratas sobre a lei mais benigna, pois o problema tem de se decidir em cada caso concreto, comparando-se em cada fato real o resultado da aplicação das várias leis. Somente o exame acurado de cada caso concreto poderá nos dar a solução, pois uma disposição aparentemente mais favorável ao agente pode ser, na realidade, mais severa.”

Desse modo, o que sucedeu com a superveniência da Lei 11.464/07 em relação à Lei 11.343/06 foi conflito de leis no tempo.

A Lei de Crimes Hediondos equiparou, no seu artigo 2º, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos. Dessa forma, tratando-se de lei específica sobre o tratamento a ser dado àqueles acusados pela prática de crimes hediondos ou a ele equiparados, deve entender-se, pela regra do artigo 2º, §1º da LICC, que sua superveniência implicou na revogação tácita da expressão “liberdade provisória” contida no artigo 44 da Lei 11.343/06.

É esta a lição de Luis Flávio Gomes: “... houve uma sucessão de leis processuais materiais. O princípio regente (da posterioridade), destarte, é o seguinte: a lei posterior revoga a lei anterior (essa

revogação, como sabemos, pode ser expressa ou tácita; no caso, a Lei 11.464/2007, que é geral, derogou parte do artigo 44 da Lei 11.343/2006, que é especial).

Em outras palavras: desapareceu do citado artigo 44 a proibição da liberdade provisória, porque a lei nova revogou (derogou) a antiga, seja porque com ela é incompatível, seja porque cuidou inteiramente da matéria.”

Portanto operou-se, no artigo 44 da Lei de Drogas a revogação da proibição da concessão de liberdade provisória pela Lei de Crimes Hediondos.

Outro raciocínio não seria sustentável diante do artigo 5º, XLIII da Constituição Federal que determina:

Art 5º ...

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Ora, se a Constituição Federal previu tratamento diferenciado à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo e aos crimes definidos como hediondos, e a Lei 8.072/90 no seu artigo 2º equiparou o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins a crime hediondo, não seria concebível admitir que aqueles processados por crime hediondo (latrocínio, homicídio, extorsão, estupro, etc) fossem beneficiados com a liberdade provisória e os denunciados pela Lei de Drogas não o fossem.

Tal interpretação coerente só é possível à luz da aplicação do princípio da igualdade, que determina o tratamento isonômico aos iguais e desigual aos diferentes, na exata medida de sua proporção.

Assim, fere a isonomia qualquer interpretação que pretenda manter a proibição da liberdade provisória para os indiciados pela Lei de Drogas quando os indiciados por crime hediondo fazem jus ao benefício.

Desta forma, ousou discordar do entendimento exposto pelo Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence como relator do Habeas Corpus nº 83.468/ES quando ressalta que: “...a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese (de crimes hediondos), deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: como acentuou, com respaldo na doutrina, o voto vencido ... seria ilógico que, vedada pelo art 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança.”

Portanto, diante da revogação do artigo 44 da Lei de Drogas pela Lei 11.464/07, é possível conceder a liberdade provisória aos acusados pelo crime de tráfico de entorpecentes. (TJPR, 5ª Câmara Criminal, Recurso em sentido estrito nº 532605-2, Rel. Des. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, j. 22/01/2009) ¹

¹ No mesmo sentido: EMENTA: PENAL – TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES – EXCESSO DE PRAZO SUPERADO COM A SENTENÇA - NEGATIVA DE LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA QUE NÃO SE ESTENDE ÀS DEMAIS FORMAS DE LIBERDADE PROVISÓRIA – LEI 11.464/07 QUE SÓ PROÍBE A FIANÇA, REVOGANDO IMPLICITAMENTE A PROIBIÇÃO CONTIDA NA LEI 11.343/06, DADA SUA APLICAÇÃO GERAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES HEDIONDOS PREVISTOS EM QUALQUER LEI. ORDEM CONCEDIDA PARA QUE O PACIENTE RESPONDA SOLTO AO PROCESSO E A EVENTUAIS RECURSOS, SALVO PRISÃO POR MOTIVO DIVERSO, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. 1- O princípio constitucional de inocência impede a prisão cautelar quando não se encontrarem presentes os seus requisitos, fundados em fatores concretos. 2- A vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime e nas suas conseqüências sociais. 3- A proibição da liberdade provisória com fiança não compreende a da liberdade provisória sem a fiança. 4- A Lei 11.464/07 não impede a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, sendo de natureza geral em relação a todos os crimes dessa natureza. 5- Ordem concedida para conceder a liberdade provisória, podendo o paciente responder solto a eventuais recursos, salvo prisão por motivo diverso, devidamente fundamentada. (STJ, 6ª Turma, HC 111643/RS, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), j. 20.11.2008, Dje 09.12.2008).

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 STF EM DEBATE

4.1.1 Ponderações sobre a Súmula Vinculante nº11 do Supremo Tribunal Federal

Alessandro Amaral Oliveira

Bacharel em Direito pela UFMG, pós-graduado em Direito Público pela ANAMAGES/Izabela Hendrix e Oficial do Ministério Público

Joaquim José Miranda Jr.

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, doutorando pela Universidad del Museo Social Argentino e Promotor de Justiça em Minas Gerais

No dia 13.08.2008, a cúpula do Judiciário nacional aprovou a seguinte Súmula Vinculante (SV) indexada sob o nº 11:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Sabe-se que o poder atribuído ao Supremo, como órgão do Judiciário, emana da Constituição da República (CR). O Poder tem sua primeira referência constitucional no art. 2º da nossa Constituição. Antes de tal dispositivo, no entanto, convém observar, está o parágrafo único do art. 1º, cuja conhecida fórmula é a seguinte: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*” Estabelecida tal premissa, passa-se à análise do ato emanado do Supremo.

Reiteração/insegurança/multiplicação

A sumulação ora em comento está prevista no art. 103-A da CR. Nos termos da nossa Constituição, esta espécie de ato deve vir antecedida, além de outros requisitos, de: *reiteradas decisões sobre matéria constitucional acerca das quais haja controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*

Conforme o sítio do Supremo, a SV11 conta com quatro precedentes. É portanto uma das SVs com menor número de decisões reiteradas. A SV seguinte, a de nº12, bem como a SV6, observa-se, contam com nada menos que 12 precedentes informados no sítio.

A primeira decisão acerca da matéria de que trata a SV11 fora emanada no RHC56465SP, publicado em 1978. É de se notar que o arcaico antecedente é, de longe, o mais distanciado no tempo entre aqueles citados em outras súmulas da espécie. Afora tal RHC, o mais longínquo, relativo à SV8, data de 1986. No caso do RHC56465SP, em que o uso de algemas durante a instrução criminal fora um dos embasamentos, o pedido foi denegado por unanimidade, em respeito à Justiça (cujo fundamento atual pode ser extraído do art. 3º, I, da CR) e por garantia da ordem (com previsão no arts. 5º, *caput*, e 144, *caput*, da CR).

Os outros três precedentes da SV11 são os HCs71195SP (DJ.04.08.1995), 89429RO (DJ.02.02.2007) e 91952SP (ainda

não publicado). O HC71195SP versa sobre o uso de algemas durante a sessão plenária do Tribunal do Júri; a Suprema Corte, no caso, denegou a ordem por unanimidade, fundamentando que havia informação nos autos de que o Paciente pretendia agredir os presentes. O HC89429RO, diversamente das demais ações, versou sobre o uso de algemas em cumprimento a mandato de prisão; neste caso, o Paciente era Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia; aqui a decisão salientou haver o Paciente sido exposto algemado à mídia, em desrespeito à sua imagem. O último HC (91952SP) trata de outro caso de uso de algemas durante a sessão plenária do Júri, conforme amplamente noticiado; neste, diversamente do ocorrido em 1995, a Corte agasalhou o pedido e anulou o Júri, entendendo que o uso das algemas pode ter influenciado o veredicto.

A cúpula do Judiciário interpretou, enfim, ser cabível, em face dos quatro antecedentes, a aplicação do art. 103-A da CR, entendendo que tais decisões eram atuais e geravam grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos.

Acredita-se, todavia, que o parco número de precedentes e o distanciamento temporal entre os mesmos estão a demonstrar ausência de reiteração de feitos com decisões controversas, bem como falta de atualidade sobre o tema, sobretudo se se considerar que um dos antecedentes data de 1978.

A conclusão é correta se compararmos o parâmetro utilizado para a SV em comento àquele que balizou a necessidade da SV2, por exemplo. No caso da segunda súmula vinculante, havia *reiterados* questionamentos acerca da constitucionalidade de normas estaduais versando sobre jogos de azar. Assim, de pronto, pode-se verificar que, para pôr fim à *insegurança* jurídica, o Supremo deveria emitir uma mesma manifestação para todos os casos. A súmula serviria ainda para evitar a *multiplicação* de novas normas contendo o mesmo conteúdo inconstitucional.

O mesmo pode-se dizer acerca da edição das SVs 4, 7 e 10. Verifica-se dos precedentes que originaram estas três súmulas vinculantes a existência de contraste entre as decisões das instâncias inferiores com as do Supremo. Nessas SVs, houve grande quantidade de julgados sobre o mesmo tema (*reiteração*) com decisões discrepantes (*insegurança*) e tendente a aumento de quantidade (*multiplicação*).

Assim a mais abalizada Doutrina:

[...]se o dispositivo constitucional estabelece o requisito cumulativo de “grave insegurança jurídica”, não há como

afastar a idéia de que, para a adoção de súmula vinculante, torna-se imprescindível a existência de decisões judiciais contrárias ou de divergência entre o entendimento adotado pela Administração e o adotado pelo Judiciário. De fato, se a matéria encontra-se “morta e sepulta”, não há uniformidade a garantir, nem segurança jurídica a se proteger. [Mendonça et al, 2007¹]

Ainda que haja discrepância entre julgados, deixa de existir uma razão social para o empenho de uniformizar mediante súmulas de eficácia erga omnes, enquanto da divergência não resultarem incômodos a um número significativo de pessoas. [Dinamarco, 1999²]

No caso da súmula em comento, acredita-se que inexistiam os requisitos constitucionais. O RHC56465SP fora julgado pela Corte Maior em 1978, e o HC71195SP em 1995, donde ausente o requisito *atualidade*. Ainda que se supere tal problema, tem-se que, em ambos os julgamentos, o Supremo indeferiu os pedidos, estando, portanto, de acordo com as instâncias inferiores, donde também ausente a controvérsia. A discrepância só surgiu a partir do terceiro precedente. Aqui se tratava do cumprimento de mandado, medida inicial para o acautelamento, sendo portanto imprevisível a reação do constrangido. O Paciente, alegando que não poderia ser exposto algemado à mídia, requereu, e a Corte deferiu, salvo-conduto para se ver livre do objeto, desde que não incorresse em situação do art. 292 do Código de Processo Penal (CPP). No julgamento seguinte envolvendo o uso de algemas (HC91952SP), apesar da tese ser bastante diversa (influência sobre o Conselho de Sentença), o STF decidiu sumular imediatamente a matéria. Assim, sob o fundamento de apenas dois precedentes, com distintas razões, a Corte entendeu preenchida toda a gama de requisitos constitucionais: *reiteração de decisões, grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos*.

Neste sentido, sobre a SV11, diz a Doutrina:

[...] não existiam “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” envolvendo limitação do uso de algemas, de modo que se violou o *caput* do art. 103-A da Constituição. O que existia era o julgamento de um *habeas corpus* em que se discutia a nulidade da sessão de julgamento do Júri em razão de ter permanecido o réu algemado. Assim, não havia correlação entre a questão decidida e o teor da súmula, que

extrapolou os limites da questão levada ao conhecimento do plenário. [Bertasso, 2008³]

[...] é preciso esforço para acreditar que existam milhares de processos nos tribunais cuja causa de pedir remota (o suporte fático do pedido deduzido em juízo) seja objetivamente o uso de algemas. A partir dessa constatação, cai por terra ilações sobre insegurança jurídica ou risco de relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [Queiroz, 2008⁴]

A súmula inviabiliza ou torna muito difícil o uso de algemas pois requer justificativa por escrito. Por isso, a exigência de normas gerais reiteradas, [a súmula] nasce da experiência de processos julgados, o que não houve. [Carvalho Netto, 2008⁵]

Assim também a reação dos Congressistas:

Ao aprovar a lei, falamos em “reiteradas decisões”. A súmula não é para que o STF legisle sobre assuntos da competência do Congresso. [Mercadante, 2008⁶]

Não demos ao Supremo esse poder [legislar]. [Torres, 2008⁷]

Na presente análise, crê-se, e se afirma tão só com base no bom senso, que, em sentido inverso ao pretendido, doravante a insegurança jurídica e a pública tendem a ser disseminadas. São singelos indicadores os termos *receio* e *perigo* presentes na súmula. Tais palavras, que deverão sempre ser interpretadas favoravelmente ao agente que constrange o terceiro a usar as algemas, têm forte teor discricionário. Assim, é bastante provável que a SV11 crie a insegurança que em tese pretendia extinguir. Em artigo sobre SV que padecia de vício semelhante, eis o que se diz acerca do tema:

Uma súmula vinculante, para ser vinculante, deve possuir redação que não lhe permita uma fuga do texto. Assim, seu pressuposto é posicionar-se, expressamente, a favor de uma tese jurídica que já fora reiteradamente produzida. [Silva e Souto Maior, 2008⁸]

A insegurança gerada é tal, que há notícia de que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte impetrou, no dia 25.08.2008, HC preventivo em prol de policiais civis e militares e agentes penitenciários do Estado no exercício da profissão. No HC, protocolado sob o nº95921 e já negado⁹ pelo STF, o *Parquet* potiguar, alegando a inconstitucionalidade da SV, requereu:

¹ Grace Maria Fernandes Mendonça (Orientadora e Supervisora do Artigo - Advogada da União - Secretária-Geral de Contencioso), Fabíola Souza Araújo (Coorientadora do Artigo - Procuradora Federal), Carlos Eduardo de Oliveira Lima (Advogado da União), Edson Rodrigues Marques (Advogado da União) e Rodrigo de Souza Aguiar (Advogado da União); in <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_janeiro_2007/O%20artigo_103-A_da_Constituicao.pdf>; publicação em jan.2007, acesso em 27.08.2008.

² Cândido Rangel Dinamarco, *Súmulas vinculantes*, RF 347/55, jul-set.1999, p.711, in sitio citado logo acima.

³ Marcelo Bertasso (Juiz de Direito do Estado do Paraná); in <<http://mpbertasso.wordpress.com/2008/08/14/ainda-as-algemas/>>; publicação em 14.08.2008, acesso em 04.09.2008.

⁴ Arryanne Queiroz (Delegada de Polícia Federal, representante da Comissão de Prerrogativas da Associação dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) e membro do Conselho Consultivo do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero); in <http://www.tj.rj.gov.br/page/web/tjrr/home.jsessionid=B5F2DE222FCE01BF0D0C48BCACF2C499?p_p_id=101_INSTANCE_1mkl&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=3&_101_INSTANCE_1mkl_struts_action=%2Ftagged_content%2Fview_content&_101_INSTANCE_1mkl_redirect=%2Fpage%2Fweb%2Ftjrr%2Fhome&_101_INSTANCE_1mkl_assetId=23241>; publicação em 18.08.2008, acesso em 04.09.2008.

⁵ Menelick de Carvalho Netto (Professor de Direito Constitucional da UnB); in <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u437425.shtml>>; publicação em 25.08.2008, acesso em 04.09.2008.

⁶ Aluísio Mercadante (Senador pelo PT/SP); in sitio citado logo acima.

⁷ Demóstenes Torres (Senador pelo DEM/GO); in sitio citado logo acima.

⁸ Alessandro da Silva (Juiz do Trabalho no TRT da 12ª Região, Santa Catarina, mestrando em Direito do Trabalho pela USP e membro do conselho de administração da Associação Juizes para a Democracia) e Jorge Luiz Souto Maior (Juiz do Trabalho, titular da 3ª. Vara do Trabalho de Jundiaí/SP; Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo); in <<http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00000383.doc>>; publicação em 21.07.2008, acesso em 27.08.2008.

⁹ In <http://www.nominuto.com/policia/algemas_habeas_corpus_do_ministerio_publico_e_negado_no_stf/26079/>; publicação em 29.08.2008, acesso em 04.09.2008.

impedimento de todos os ministros do Supremo Tribunal Federal, com exceção do ministro Celso de Mello (que não teria participado da aprovação do ato ora impugnado), para, na forma regimental, convocar 10 ministros do Superior Tribunal de Justiça para complementar o quorum do plenário para o fim específico de julgamento do presente habeas corpus.[Barbosa et al, 2008¹⁰]

Validade/interpretação/eficácia

A finalidade de uma SV, como dispõe o art. 103^A da nossa Constituição, é declarar a validade de uma norma, realizar a interpretação desta ou dispor acerca de sua eficácia.

Os dispositivos penais que em tese teriam aplicação aos casos, conforme salientado pelo informativo eletrônico do Supremo, são o art. 350 do Código Penal e o art. 4º, *a*, da Lei 4898/65, ambos tipificadores de condutas abusivas praticadas por agentes estatais.

Ainda conforme o sítio do Supremo, as normas processuais debatidas foram o art. 284 do CPP e o art.234, §1º, do Código de Processo Penal Militar (CPPM).

Veja que as normas de Direito Penal estão amparadas pelo Princípio da Legalidade (art. 5º, XXXIX, da CR), crê-se que o objeto da SV11 seja, mormente, a interpretação dos artigos processuais em face do princípio constitucional da dignidade humana e sua decorrência explicitada nas vedações ao tratamento degradante e ao vilipêndio da honra, da imagem e da moral humanas.

Sumariamente, temos que os dispositivos processuais referidos versam sobre o uso de força, que se limita aos casos de *resistência e tentativa de fuga*.

A *resistência*, crime previsto no art. 329 do Código Penal, consiste na oposição “à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio”. Pratica resistência tanto o que obsta o ato que sofre, quanto o terceiro que impede o ato. O emprego da força em razão da resistência deve ser justificado em auto, conforme art. 292 do CPP.

A *tentativa de fuga* não exige violência nem ameaça a agente estatal, mas tão somente o início da ação de fugir em desrespeito à ordem posta.

O outro parâmetro de interpretação para o uso de algemas foi o §1º do art. 234 do CPPM. Neste caso, a Lei é explícita em dizer que, no âmbito do CPPM, o uso de algemas deverá ser evitado, *desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242*. O art. 242 do CPPM dispõe sobre os presos especiais. A primeira parte do dispositivo coaduna com o art. 284 do CPP. A exceção, no entanto, parece violar o Princípio da Isonomia (art. 5º, *caput*, da CR). A redação da SV11 procurou fugir à quebra de isonomia, não fazendo a distinção do art.234, §1º, *in fine*, do CPPM, o que demonstra inconstitucionalidade da

parte final da norma militar.

Frise-se que o uso de força, no sentido dado pelos códigos processuais, não é faculdade do agente estatal, mas, sempre que houver resistência ou tentativa de fuga, seu dever (inteligência dos arts. 301 e 684 do CPP). Nesses casos e somente nesses casos, deve o agente usar a força. Há estrita legalidade: se agir além, incorrerá em abuso; se agir aquém, prevaricará.

Temos, enfim, que o Supremo interpretou a Lei no sentido de que o uso de algemas equivale ao uso de força. Parece equívoca, no entanto, a analogia. A força caracteriza-se pela contenção ativa. Assim, se há resistência, é lícito ao agente estatal empregar força ao que resiste, isto é, é lícito agredir fisicamente o resistente até que a força o contenha e o faça obedecer. No caso da fuga, é igualmente lícito o emprego de violência física contra o fugitivo, novamente até o limite de sua obediência. Outras, no entanto, são as circunstâncias em que se dá o uso das algemas:

Um equívoco comum é associar o uso de algemas ao emprego de força, quando, na verdade, a algema é forma de neutralização da força, contenção e imobilização do delinqüente. É menos traumático, doloroso e arriscado imobilizar o meliante pelo recurso à algema, do que pelo acesso a técnicas corpóreas de imobilização. Esse aspecto foi debatido e ventilado no “sítio” na rede mundial de computadores da Revista Consultor Jurídico de 11.02.2006, sob o título “Regra, e não exceção - Uso de algemas garante integridade de policial e acusado” (Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/41838,1>).

O ato de algemar não é um constrangimento ilegal. [...] O que deve ser combatido é a prisão ilegal. Recriminar o uso de algemas é querer que o policial aceite que a vida do preso é mais importante que a sua própria vida, quando, na verdade, ambas têm o mesmo valor. O policial, no exercício regular da atividade policial e na forma legal, não deve deixar de “algemar” o suspeito, por receio de constrangimento e eleger o valor subjetivo “imagem” como mais importante que o valor “vida”. [Gomes, 2008¹¹]

Fazendo uma análise em Direito Comparado, transcreve-se abaixo o seguinte comentário acerca do que recomenda a Polícia inglesa:

Em uma visita a uma unidade da Scotland Yard, uma das mais conceituadas Polícias do planeta e que goza de prestígio pelo respeito que tem aos direitos humanos daqueles que persegue em seu dia-a-dia, observei um cartaz que dizia que seus policiais deviam algemar, indistintamente, todos os que se encontrassem em condição de preso ou detido, pois os riscos se classificariam em apenas dois tipos: os conhecidos e os desconhecidos. [Pontes, 2008¹²]

Dignidade/imagem/abuso

A discussão no Supremo que precedeu a SV11 manteve associado o uso das algemas às consequências danosas sobre a imagem do algemado.

Na publicação eletrônica da súmula, consta como matéria

¹⁰ Edevaldo Alves Barbosa, Fernando Batista de Vasconcelos, Jovino da Costa Pereira Sobrinho e Wendell Beethoven Ribeiro Agra (todos Promotores de Justiça); in <http://www.nominuto.com/policia/mp_potiguar_entra_com_habeas_corpus_para_que_policiais_continuem_usando_algemas/25914/>; publicação em 26.08.2008, acesso em 04.09.2008;

¹¹ Rodrigo Carneiro Gomes (Delegado de Polícia Federal em Brasília/DF, com atuação na Diretoria de Combate ao Crime Organizado - DCOR/DPF; Pós-graduado em Segurança Pública e Defesa Social [2006] e em Processo Civil [2001]; Membro da Diretoria Executiva da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal [ADPF]; Mestrando em Direito; Professor da Academia Nacional de Polícia [ANP], em Brasília/DF; Autor do livro “O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo”); in <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.15701>>; publicação em 15.02.2008, acesso em 28.08.2008.

constitucional debatida os arts. 1º, III, e 5º, III, X e XLIX. Dos dispositivos, podemos extrair os temas que embasam a SV11: o inciso III do art. 1º da CR trata da dignidade humana como fundamento da República; o inciso III do art. 5º da CR dispõe sobre a vedação à tortura e ao tratamento degradante; o inciso X deste artigo, sobre a honra e a imagem; e o XLIX, a integridade moral.

O cerne da discussão em torno do HC89429RO foi a forma de exposição do preso à mídia, sendo dito que a Autoridade Policial tratou-o como troféu:

[...]em se tratando de audiência pública, durante a audiência, pode haver filmagem, inclusive da pessoa algemada, é lícita a filmagem. Mas a licitude da filmagem passa a depender do uso das algemas. O que não se pode é isolar uma pessoa num canto, num espaço, para que ela seja filmada, especificamente filmada sob algemas e com um emblema ainda da Polícia Federal bem à mostra, como se o algemado estivesse a propagandear a eficiência da instituição policial[...]

[...]em troféu. [Brito, 2007¹³]

Ao que parece, a Corte misturou as condutas *algemar* e *injuriar* (ou *abusar*, conforme o caso). O ato de algemar, como já foi dito, é uma cautela necessária à prisão, é requisito desta, vez que a mente humana não é nunca totalmente previsível e a dignidade e a vida do agente estatal responsável pela prisão, bem como do terceiro em contato com o preso, também são garantidas constitucionalmente.

A exposição abusiva sim deve ser combatida, mas em procedimento apuratório próprio, o que é totalmente independente da questão abstrata do uso ou não de algemas. O uso do objeto como meio para um ilícito, não o torna ilícito. Do contrário, seriam-no a cama, que pode ser usada para o estupro; a caneta, que pode ser usada para o estelionato; e a tesoura, que pode ser usada para matar.

Ademais, como já foi dito em excelente artigo, é o crime que é vexatório. Cometer o crime deveria ser mais vergonhoso que ser preso pelo cometimento. *A contrario sensu*, poder-se-ia concluir o absurdo: enquanto se pratica o crime escondido, há dignidade; quando o crime é descoberto e o criminoso preso e visto pela sociedade, há ofensa à dignidade deste:

Parece-me claro que o constrangimento e a vergonha não são (ou não deveriam ser) decorrentes do fato da pessoa estar algemada, mas sim atribuíveis ao fato de o indivíduo ter sido preso. Vergonhoso (via de regra) é o ato de praticar um determinado crime, muito mais do que ser preso. [Santos, 2008¹⁴]

No que tange ao HC91952SP e o uso de algemas durante a sessão plenária do Tribunal do Júri, cujas circunstâncias e teses, como já se observou, são bastante diversas do HC precedente, cita-se outra excelente Doutrina, que dispensa qualquer

comentário:

A se adotar o raciocínio de que os jurados se influenciam pelo emprego de algemas, o que dizer da visão dos presos – ainda que não algemados – que são apresentados para a sessão de julgamento vestidos com roupas brancas (o que ocorre para rápida identificação dos agentes penitenciários, em caso de tumultos e fugas nos presídios)? A julgar pelo conceito que se faz dos jurados, em breve surgirá entendimento de que eles ficarão induzidos a condenar os réus sem algemas, mas vestindo roupas brancas. Isso sem contar que, naqueles casos em que o réu demonstrar concretamente alguma periculosidade, tendo ameaçado, por exemplo, agredir o juiz (cabendo aí, sem dúvida, o emprego de algemas, mesmo diante do rigor da súmula vinculante n. 11), sua condenação será praticamente certa, pois, na mente dos jurados – que, pelo visto, presumem-se ingênuos e facilmente influenciáveis –, doravante só ficará algemado o réu “culpado” (“perigoso, logo algemado; algemado, logo culpado”). [Fudoli, 2008¹⁵]

Feitas tais ponderações, podemos apontar algumas **conclusões** acerca da Súmula Vinculante nº11:

1.há inconstitucionalidade: o ato não atende o art. 103^A da CR, não há atualidade, não há reiteração de decisões, não há controvérsia, não havia insegurança, nem multiplicação de processos; e o trecho “*sob pena[...]*” ou é despicendo ou exorbita o poder conferido ao Supremo, haja vista o art. 5º, II, da CR;

2.a súmula não terá o condão de tornar nulo o ato processual a que se refere, ante o mero uso de algemas no preso, sob pena de agressão aos dispositivos processuais penais que disciplinam a matéria das nulidades e ao princípio do devido processo legal; eventual nulidade deve ser analisada casuisticamente, fundamentando-se sempre;

3.a analogia do uso de algemas ao uso de força previsto nos arts. 292 do CPP e 234, §1º, do CPPM, é incorreta; a algema é mecanismo preventivo, antecede ao eventual uso de força; logo, o trecho “*justificada a excepcionalidade por escrito*” não deveria existir;

4.os termos *receio* e *perigo* devem ser interpretados sempre favoravelmente ao agente responsável pelo uso das algemas em terceiro; logo, não é necessário que a justificativa aprofunde sobre as circunstâncias e a personalidade do terceiro, vez que o risco é inerente à medida e o íntimo do coagido é sempre desconhecido;

5.eventual exploração predatória da imagem alheia, se ilícita, deverá gerar responsabilização jurídica nas esferas próprias, sendo tal conduta distinta do uso de algemas;

6.tomando a súmula e seus fundamentos *a contrario sensu*, o STF declarou inconstitucional o art. 242 do CPPM por ferimento à isonomia (art. 5º, *caput*, da CR).

¹² Jorge Barbosa Pontes (*Delegado Federal, chefe da Interpol no Brasil e assessor internacional da Polícia Federal; atua na área de cooperação internacional desde 1992*); in <<http://fabianofederal.stive.com.br/2008/08/mais-sobre-algemas-artigo-e-charge/>>; publicação em 23.08.2008, acesso em 25.08.2008.

¹³ Carlos Brito (Ministro do Supremo Tribunal Federal); in <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>; HC89429RO, f.941, publicação em 02.02.2007, acesso em 29.08.2008.

¹⁴ **Christiano Jorge Santos**, (Promotor de Justiça em São Paulo/SP, Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, Professor de Direito Penal da PUC/SP); in <www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=67142> publicação em 18.08.2008, acesso em 22.08.2008.

¹⁵ Rodrigo de Abreu Fudoli (Promotor de Justiça do MPDFT - Mestre em Ciências Penais pela UFMG); in <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11625>>; publicação em 19.08.2008, acesso em 25.08.2008.

4.2 DIREITO E CIDADANIA

4.2.1 Por uma visão consensual do controle da Administração Pública: a importância do princípio da participação na formulação e implementação de políticas públicas democráticas

Ludmila Costa Reis

Analista Judiciário do TRE-MG, graduada em Direito pela UFMG, mestranda em Processo Coletivo pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, especialista em Administração Pública pela PUC-MINAS.

A normatividade do princípio da participação no âmbito da formulação e implementação de políticas públicas encontra expresso e múltiplo respaldo constitucional. Antes, porém, de explicitar os dispositivos nos quais o referido princípio está consagrado, impõe-se delimitar o alcance de seu conteúdo. Para os objetivos propostos neste trabalho, compreende-se o princípio da participação como norma que objetiva condicionar as decisões da Administração Pública e orientar a atuação dos administrados, a fim de que as políticas públicas decorrentes da relação entre ambos possam estar legitimadas por influências e concessões recíprocas que visem ao consenso ou ao convencimento.

Nesse contexto, entende-se por políticas públicas as metas e atividades eleitas pelo Estado para a realização de direitos fundamentais e, em última análise, para a consecução do interesse público. É importante destacar, contudo, que o interesse público aqui referido não se confunde com o interesse do Estado ou dos órgãos e entidades por meio dos quais interfere na vida em sociedade, mas o interesse que traduz a melhor opção diante de um caso concreto, após sopesados os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis à matéria, as circunstâncias fáticas, os indivíduos ou coletividades envolvidas, os recursos disponíveis e as projeções futuras da escolha. A delimitação do conteúdo pragmático do interesse público, que deve orientar a formulação e a implementação de toda política pública, não é, pois, estabelecido *a priori* diante de possíveis situações da vida em sociedade, mas só se consubstancia em decorrência de um diálogo democrático estabelecido entre os interesses substanciais envolvidos, para que dele resulte a escolha ou política pública consensual que será implementada.

A Constituição da República de 1988 consagra o princípio da participação em diversos de seus dispositivos, dentre os quais: art. 10, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; art. 29, XII, que prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal; art. 37, §3º, que ressalta a importância da participação do usuário nos serviços prestados pela administração pública direta e indireta; art. 194, que estabelece ações de iniciativa da sociedade e dos poderes públicos para compor o conjunto integrado de seguridade social; art. 194, VII, que destaca o caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do poder público nos órgãos colegiados; art. 198, III, que dispõe sobre a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde; art. 204, II, que valoriza a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações de

assistência social em todos os níveis; art. 205, que incentiva a colaboração da sociedade na promoção da educação; art. 206, VI, que privilegia a gestão democrática do ensino público; art. 216, §1º, que prevê a colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro; art. 225, que impõe à coletividade, juntamente com o poder público, o dever de defender e preservar o meio ambiente.

Depreende-se, desses dispositivos, que o modelo de Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição da República de 1988 não prescinde de uma efetiva abertura da Administração Pública, em todas as áreas, à participação dos administrados. Aliás, até mesmo esta expressão - “administrados” - merece ser redimensionada diante da ordem constitucional em vigor, por denotar, no plano semântico, uma relação de submissão ou subordinação que não mais subsiste. Ao passo que os direitos conquistados no modelo de Estado Liberal primaram, sobretudo, pelo afastamento das interferências do Estado na vida do cidadão, e os direitos consagrados pelo modelo autoritário de Estado Social realizaram-se à custa de excessiva intervenção estatal na esfera privada, os direitos assegurados pelo Estado Democrático de Direito demandam, para sua progressiva e possível realização, uma conciliação de interesses entre as esferas privada e pública, de modo que os limites de atuação de ambas estejam mutuamente condicionados e aceitos.

Os instrumentos de que dispõe o cidadão para participar ativamente das decisões adotadas pela Administração Pública, em seus diversos níveis (federal, estadual e municipal), vêm sendo progressivamente desenvolvidos e multiplicados. A ideia do orçamento participativo, que outrora traduziria uma quimera por implicar interferência popular direta na destinação legal de recursos públicos, já se tornou, hoje em dia, saudável e reproduzida realidade em diversos entes federativos. Deve-se ressaltar, também, a importância dos conselhos de representação paritária entre sociedade e Poder Público, em suas diversas áreas de atuação (saúde, criança e adolescente, idoso, meio ambiente etc) que, embora ainda funcionem com muitas distorções em razão da incipiente cultura participativa, também representam exemplos institucionalizados de interferência do cidadão nas políticas a serem adotadas. A exemplificação deve ser também enriquecida com o exercício do direito de petição, de amplo conteúdo, assegurado no art. 5º, XXXIV, *a*, por meio do qual, antes de qualquer apelo à solução judicial, o indivíduo e a coletividade podem manifestar o seu intento perante a Administração Pública. Destacam-se, ainda, as audiências e consultas públicas, que têm se tornado condicionantes legais de determinadas políticas, tal como previsto no Estatuto da Cidade, para a realização de uma gestão orçamentária participativa e para formulação do Plano Diretor (art. 40, §4º, I; art. 43, II e art. 44 da Lei 10.257/01).

Ao lado da esfera administrativa, importa notar que, no âmbito jurisdicional, a consagração da figura do *amicus curiae* e a previsão de audiências públicas no exercício do controle concentrado de constitucionalidade (art. 9º, §1º da Lei 9.868/99) e, no âmbito legislativo, ao lado das audiências públicas, a presença das comissões permanentes de participação popular revela a importância da manifestação, em todas as esferas decisórias, de representantes dos interesses então discutidos.

Há que se ressaltar, em virtude do advento da nova ordem constitucional, o papel crucial que se atribuiu ao Ministério Público, como legítimo representante da sociedade, de zelar pelos direitos coletivos e individuais indisponíveis em face de todos os que lhes violarem ou ameaçarem violar, incluindo-se, dentre estes, a própria Administração Pública. No desempenho de suas relevantes funções institucionais, o Ministério Público dispõe dos instrumentos do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação (art. 5º, §6º da Lei 7.347/85; art. 27, parágrafo único, IV da Lei 8.625/93; art. 6º, XX da LC 75/93), cujos fundamentos baseiam-se na ideia de que o acordo e o convencimento motivado constituem providências mais céleres e eficientes para a solução ou prevenção de conflitos, em detrimento da instauração de litígios judiciais.

A visão voltada para o controle consensual da formulação e implementação de políticas públicas, por meio da participação interessada do maior número possível de envolvidos, baseia-se na compreensão de que, nessa seara, a determinação de prioridades e dos caminhos para executá-las apresenta inúmeras dificuldades. Se, na vida privada e individual de cada um, já é difícil identificar as melhores ou mais recomendáveis atitudes para cada situação, tendo em vista as variáveis, perspectivas e interesses a considerar, o que se dirá dos administradores públicos – sobretudo dos chefes do Poder Executivo – que lidam

diariamente com a complexa e intrincada máquina administrativa; com matérias sujeitas à reserva de lei; com interesses variados e divergentes típicos de uma sociedade moderna e plural; com normas sucessivas que estabelecem deveres que demandam, em todas as áreas, dispêndio de recursos frequentemente escassos; com contingências econômicas e políticas; com questões urgentes de diversificada natureza, dentre outros fatores. Assim, ao mesmo tempo em que se deve atentar para o controle das escolhas da Administração, é preciso compreender os motivos que as ensejaram e, principalmente, participar de sua determinação.

Dessa forma, diante dos múltiplos fatores condicionantes da atividade administrativa, o princípio da participação emerge como norma a ser seriamente considerada tanto pelo administrador público – impondo-se-lhe a obrigatoriedade de abrir-se à manifestação dos interesses envolvidos na decisão a ser adotada – como pelos indivíduos ou coletividades possivelmente atingidas pela medida – impondo-se-lhes a iniciativa de efetivamente exigir do administrador que pondere sobre seus interesses e os tenham em alta conta em sua decisão. Como resultado dessa abertura e mútua interferência, legitima-se a decisão final e reduz-se sensivelmente o leque de seus possíveis questionamentos.

Quando se estabelece o controle consensual de políticas públicas como norte primordial de atuação, por sua efetividade e legitimidade, o controle reparatório, repressivo ou sancionador passa a se concentrar nas situações de violação intencional e fraudulenta da lei, provocadas por aqueles que, longe de incorporar os valores republicanos consagrados na Constituição, utilizam-se do cargo e do poder para reproduzir vantagens particulares em detrimento do interesse público que lhes incumbe, por dever jurídico e moral, perseguir. Afinal, o que se busca é o consenso conforme e a favor do Direito.

4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.3.1 Enfoques da inconstitucionalidade da Lei “Maria da Penha”



Cristiano Sales Caldeira Brant

Cristiano Sales Caldeira Brant
Graduando em Direito pelo Centro Universitário do Leste de Minas Gerais – UnilesteMG. Ex-estagiário da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Coronel Fabriciano – MG. Estagiário da Procuradoria Judicial e Extrajudicial da Prefeitura Municipal de Ipatinga - MG

O advento da Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, em vigência desde 22 de setembro de 2006, que cria mecanismo para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, coloca em risco o princípio maior da Supremacia da Constituição, eis que fere direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais.

De início, a Constituição Federal prevê várias vedações

acerca da discriminação, inclusive é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ainda, estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição, não podendo lei ordinária contrariar preceitos constitucionais.

Somente diferenças estipuladas no texto constitucional podem existir de forma válida. É exatamente o que vemos, por exemplo, na desigualdade no tempo de serviço para aposentadoria menor para as mulheres (artigo 40 § 1º, III e alíneas e artigo 201, § 7º e seus incisos, da CR/88), proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (artigo 7º, XX, da CR/88)

e tratamento diferenciado para os idosos, crianças e adolescentes (ECA). Ocorre que aqui estamos diante de disparidades válidas, situações que o próprio texto constitucional estabelece, o que inexistia para as situações da Lei “Maria da Penha”.

Sabemos que cada vez mais a mulher ganha seu espaço no mercado de trabalho, ocupando cargos importantes na estrutura estatal, cooperando na vida econômica dos lares e consequentemente no país. Não são, pois, frágeis que dependam de uma tutela estatal, de forma a considerar incapaz e inerte.

Segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes, citado por MOREIRA (2007), a igualdade *“ordena ao legislador que preveja com as mesmas conseqüências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias.”*

Outro argumento sustentado é a violação ao princípio da proporcionalidade, implicitamente previsto no artigo 5º, XLVI, 2ª parte, que impõe a adoção de regime mais gravoso para determinados delitos, em razão da gravidade da infração, tendo por base o bem jurídico tutelado ou a pena abstrata cominada.

A Lei 11.340/2006, no artigo 41, estabelece que não se aplicam os institutos da Lei nº. 9.099/95, e ainda no artigo 17 veda a aplicação de penas alternativas aos casos de violência doméstica e familiar praticados contra a mulher.

Desproporcionais as providências da lei, pois a aplicação de uma pena alternativa à pena privativa de liberdade deve ser considerada levando em conta a seriedade do crime, e não em razão do sujeito passivo de um crime. Note-se que a Carta Magna permite medidas despenalizadoras quando trata de infração penal de menor potencial ofensivo (artigos 5º, XLII, XLIV, XLIII e 98, I, todos da Constituição Federal).

A infração de menor potencial ofensivo é uma ordem constitucional, razão pela qual não é permitido a legislador infraconstitucional abolir um conceito pré-estabelecido por uma norma hierarquicamente superior, devendo ser aplicada todas as medidas despenalizadoras prevista na Lei nº. 9.099/95 (composição civil dos danos, suspensão condicional do processo e transação penal).

Diante do já mencionado, faço as seguintes indagações: a mulher que causar lesão corporal no marido, no filho e no pai, notada a pena mínima de três meses, com o acréscimo do concurso, seria beneficiária da suspensão condicional do processo, que a Lei nº. 9.099/95, no seu artigo 89, autoriza; enquanto o marido que ofende levemente a integridade física da mulher não pode ter o mesmo benefício, deve suportar pena criminal distinta em razão das restrições (art. 17 e 41 da Lei nº. 11.340/06) e está sujeito às diversas medidas chamadas protetivas, sendo presumidamente perigoso. A mulher que agride o filho recém-nascido, nele causando lesão com gravidade não alcançada pela definição mais grave, é beneficiada pela suspensão condicional; enquanto que, se a vítima de lesão levíssima for filha madura, tem incidência de todos os rigores da lei. Se o marido pratica vias de fato contra a mulher, sofre os rigores da lei com exclusão das benesses da Lei 9.099/95, mas se a mulher, que já foi beneficiada por transação penal, causa lesão corporal no marido pode ter suspenso condicionalmente o processo e não precisa temer as medidas protetivas. Estes são alguns exemplos que evidenciam que a Lei

11.340/2006 é inconstitucional.

Além do mais, importante ressaltar que o legislador pátrio cometeu um desacerto no intróito da lei, logo no primeiro artigo, quando se refere que a lei em comento tem a finalidade de regulamentar o § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, no que tange à criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher. Ocorre, que a Constituição não menciona o interesse em coibir a violência contra a mulher, mas fala claramente em coibir a violência no âmbito das relações familiares *“na pessoa de cada um dos que a integram”*, sem qualquer distinção, o que feita na Lei 11.340/2006.

Na seara jurisprudencial, começaram a surgir as primeiras decisões, algumas declarando a inconstitucionalidade da Lei nº. 11.340/2006, outras permitindo a aplicação da lei também aos homens que assim solicitarem: Nessa linha, são os entendimentos dos Tribunais Pátrios:

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECLAROU INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE – DECISÃO MANTIDA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – IMPROVIDO.

A lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, visto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade (art. 5º, II e XLVI, 2ª parte, respectivamente). Assim, provê-se o recurso ministerial, a fim de manter a decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 11.340/2006, determinando-se a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o feito.

TJ-MS – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N. 2007.023422-4/0000-00 – COMARCA DE IPAPORÁ – RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – RECORRIDO: PAULINO JOSÉ DA SILVA – RELATOR: EXMO. SR. DÊS. ROMERO OSME DIAS LOPES

LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) - INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA PELO JUÍZO DE 1º GRAU COMO ÓBICE À ANÁLISE DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS REQUERIDAS - DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL QUE SE RESOLVE A FAVOR DA MANUTENÇÃO DA NORMA AFASTANDO-SE A DISCRIMINAÇÃO - AFASTAMENTO DO ÓBICE PARA A ANÁLISE DO PEDIDO.

A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela Lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226, § 8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade relativa, em face do princípio da isonomia. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso, não sendo, portanto, possível a

simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela prevista, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal se compatibilizam e harmonizam, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar. Inviável, por isto mesmo, a solução jurisdicional que afastou a análise de pedido de imposição de medidas assecuratórias em face da só inconstitucionalidade da legislação em comento, mormente porque o art. 33 da referida norma de contenção, acomete a análise ao Juízo Criminal com prioridade sendo-lhe lícito determinar as provas que entender pertinentes e necessárias para a completa solução dos pedidos. Recurso provido para afastar o óbice.

TJMG - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.07.240510-9/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): VIRGÍLIO PEREIRA DE BRITO - RELATOR: EXMO. SR. DES. JUDIMAR BIBER

Assim sendo, para que em um futuro bem próximo não corra o risco de serem declaradas inúmeras nulidades por vício de inconstitucionalidade, entendo que algumas correções/adequações devem ser feitas, tais como: A substituição do nome de “Lei de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher” para “Lei de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Pessoa”, e ainda que nos dispositivos onde está previsto a locução “proteção à mulher” ou “ofendida” passe a constar “proteção à pessoa” ou “à pessoa ofendida”. Já com relação a vedação a aplicação da Lei nº. 9.099/95, deveria o legislador apenas vedar a aplicabilidade dos institutos despenalizadores, trazidos pela referida lei, já que a incidência destes institutos são prerrogativas do legislador ordinário.

Concluindo, urge ressaltar que, com este entendimento, não se espera tornar inexecutável a aplicação da Lei 11.340/2006, mas, ao contrário, tenta-se é cessar o tratamento desigual, por ela estabelecido, atendendo as premissas fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006*.

COSTA, Ana Carolina Garcia; CORRÊA, Luciana Perpétua. *Breves Críticas e Comentários à Lei 11.340/06 e inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha*. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Nº 8, Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Trinais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 1ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JESUS, Damásio de; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *A inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006 (Lei da violência doméstica ou familiar contra a mulher)*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, out. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br/>. Acesso em 27 de set. 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em: 25 set. 2008.

4.4 LÍNGUA E LINGUAGEM

4.4.1 Era uma vez que...

É incrível como os operadores do Direito estão se *divorciando* cada vez mais da linguagem objetiva, direta e mais inteligível. Tomem-se por exemplo as inversões. Em vez de: *por outro lado* usa-se *lado outro*. Em vez de *isso posto*, é comum o *posto isso*. Sem falar nos enunciadores que comandam as argumentações. Citam-se tantos autores que fica difícil conhecer os verdadeiros propósitos do produtor textual. Aquele que organiza as vozes que falam por ele esconde-se atrás de *abalizados doutrinadores*.

Outra característica que frequenta insistentemente os textos do domínio jurídico são as notas de rodapé. Uma professora do Mestrado da UFMG dizia que se nota fosse algo de fato importante não viria com letra miúda no rodapé da página. O que

constitui exceção nos textos de outras esferas do conhecimento, no Direito representa regra a ser usada. E tome nota de rodapé! Não há dúvida que a malfadada estratégia prejudica a leitura, remete a outra atividade de concentração e interfere na fluidez da interação comunicativa. Imagine o leitor se, neste exato momento, houvesse um convite para desviar os olhos lá para baixo, para umas letrinhas sem muito valor persuasivo. Quando isso é repetitivo, não há raciocínio que aguente.

Não abandonando o texto jurídico, que é o principal foco desta seção, voltemos às práticas que podem causar desvios da língua padrão. Pretendemos falar de uma construção criada nas hostes do discurso forense, o tal do *vez que*. É claro que a expressão existe, tal como apareceu no título deste artigo: era uma

Cláudio Márcio Bernardes

*Servidor do Ministério Público de Minas Gerais
Graduado em Letras. Pós-graduado em Linguística.
Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Público
cbernardes@mp.mg.gov.br*

vez que... Mas, como se pode notar, o nome vez é precedido por um artigo, que caracteriza a indefinição de sentido.

Noutro giro (olha outro termo do nosso meio aí), a locução conjuntiva que passa a noção de causa, com a mesma grafia, *uma vez que* é aquela que aparece com mais frequência em circunstâncias de causa-consequência: “A Constituição da República é conhecida como *Constituição Cidadã, uma vez que* encerrou um período de ditadura militar no Brasil”.

Só que no discurso jurídico, não se contentando com os termos consagrados, preestabelecidos, a locução aparece como *vez que*. Atire o primeiro *Vademecum* aquele que nunca utilizou o *vez que* nas suas petições. Tenha-se em mente que “todas as locuções preposicionais, conjuncionais ou adverbiais formadas com a palavra vez têm a anteposição do artigo ou outra palavra”

(NASCIMENTO, Edmundo Dantès. *Linguagem Forense*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1982).

Há uma tendência acentuada a contrair elementos constituintes de expressões ou locuções. É o caso da supressão da conjunção *que* em: “Requer *seja* realizado um estudo social da família com a qual o menor convive”. Bom, radicalismos à parte, essa construção é abalizada pelos gramáticos. E, convenhamos, soa até com mais fluência. Agora, *vez que* ainda não foi prevista pelos dicionaristas ou pela gramática tradicional. Quem sabe algum dia substituirá a locução. Mas, por enquanto ainda não.

Simplificando, continuemos com a locução *uma vez que* para denotar causa. E, se for o caso de inovar, que seja com idéias e argumentações. Deixemos os malabarismos linguísticos para Guimarães Rosa, que nessa arte ele é mestre e se imortalizou.

4.5 DIREITO EM FOCO

4.5.1 Os direitos fundamentais e sua efetivação

Érika de Laet Goulart Matosinho

*Assessora do Ministério Público de Minas Gerais
Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional*

Sumário: 1 Introdução: *status* constitucional e delimitação dos direitos fundamentais. 2 Direitos fundamentais propriamente ditos e sua efetivação. 3 Direitos fundamentais prestacionais. 3.1 Direitos a uma prestação normativa e sua efetivação. 3.2 Direitos a uma prestação material e sua efetivação 3.2.1 Prevalência da garantia do mínimo existencial sobre o princípio da reserva do possível. 4 Conclusão. 5 Bibliografia.

1 Introdução: *Status* constitucional e delimitação dos direitos fundamentais

Seguindo evolução inspirada pela “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, marco da universalização dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 fez previsão expressa dos direitos fundamentais em diversos tópicos do seu texto, o que indica a sua preocupação em garantir a dignidade humana.

Por esse motivo, estabeleceu em seu artigo 5º, §1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, e, em seu artigo 60, §4º, IV, garantiu a sua inviolabilidade ao vedar deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Já se encontra pacificado na doutrina e jurisprudência pátrias que o artigo 5º da Carta Magna contém rol meramente exemplificativo do objeto de proteção constitucional. Seu parágrafo único inclui, entre os direitos e garantias expressos na Constituição da República, aqueles decorrentes do regime e dos princípios constitucionais. Dessa forma, numa análise teleológica e evolutiva do sistema constitucional vigente, conclui-se que os direitos fundamentais abrangem todos os direitos – concentrados ou não no citado artigo – que visem garantir a dignidade da pessoa humana em todas as suas esferas.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal, por seu

Tribunal Pleno, no julgamento da ADI n.º 939-7/DF, decidiu estar inserido no rol de intangibilidade constitucional o direito à anterioridade tributária, disposto no art. 150, III, *b*, da CF, declarando, nessa oportunidade, a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional e da Lei Complementar que o violou.

Proferindo o seu voto, o Ministro Marco Aurélio dispôs:

Tivemos o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura direitos sociais, no art. 7º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do §2º, do art. 5º, segundo o qual os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Assim sendo, tem natureza jurídica de direito fundamental todos os direitos decorrentes do regime democrático e dos princípios constitucionais tendentes à realização da vida humana digna.

2 Direitos fundamentais propriamente ditos

A análise dos direitos fundamentais ampliou o seu foco. Não é apenas a sua normatividade que traz preocupação, mas também, e principalmente, a sua efetividade perante a sociedade, existindo um número expressivo de normas que positivam esses direitos e não são plenamente observadas.

Conforme ressaltou Bobbio:

Quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. (Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 26).

Os direitos fundamentais propriamente ditos, previstos especialmente no artigo 5º da Lei Magna, compreendem os direitos que visam garantir, a par da liberdade de ir e vir – pressuposto da liberdade física –, a liberdade de ser, de possuir, de pensar, de agir, constituindo direitos de defesa do indivíduo contra ingerências indevidas do Estado em sua liberdade pessoal. No sistema constitucional pátrio, os direitos fundamentais propriamente ditos, também denominados “direitos de defesa”, estão dispostos precipuamente no artigo 5º da Constituição Federal.

Tais direitos exigem do Poder Público uma abstenção, uma não-intervenção, um não agir, criando “esferas de proteção” resguardadas ao indivíduo e que limitam a atuação estatal. São os direitos que se identificam com o Estado de Direito em que todos, cidadãos e Poder Público, estão sujeitos ao império das leis.

Segundo Canotilho:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

- (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual;
- (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 541)

Dependem, para sua efetivação, de uma operação de cunho jurídico, evoluindo juntamente com sociedade e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, razão pela qual raramente é questionada a sua aplicabilidade imediata, atendendo eficazmente ao disposto no §1º do artigo 5º da Constituição da República.

3 Direitos fundamentais prestacionais

Pelo fenômeno de intensa mutação social, especialmente com a evolução do Estado Liberal para um Estado Social de Direito ou de Bem-Estar Social, a garantia dos direitos relacionados à liberdade em sua acepção formal tornou-se insuficiente para a implementação da dignidade humana, sendo necessário dar nova dimensão aos direitos fundamentais.

Tomam relevo, assim, os direitos sociais, econômicos e culturais, também denominados direitos fundamentais de segunda dimensão ou direitos fundamentais prestacionais. Esses direitos traduzem o ideário de **igualdade**, erigida em sobreprincípio pela Carta Magna, revelando não apenas igualdade de todos perante a lei – que não pode tratar de forma diferente indivíduos que estejam em situação de igualdade –, mas também, e principalmente, a igualdade de todos pela lei – que deve fornecer elementos para garantir igualdade de direitos àqueles que estejam em posição de desigualdade – e pela intervenção estatal.

Visam garantir liberdade e igualdade material àqueles

indivíduos em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade social, mediante a efetiva atuação estatal. Promovem a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais que atuam como fatores impeditivos da liberdade real, coibindo a opressão social e possibilitando a plena realização das liberdades.

Podem ser subdivididos em direitos a uma prestação normativa e direitos a uma prestação material.

3.1 Direitos a uma prestação normativa

A atuação estatal na esfera dos direitos sociais pode se dar através de uma prestação normativa ou jurídica, com a criação de normas que proporcionem garantias mínimas àqueles em presumida desigualdade fática, de modo a não serem irremediavelmente subjugados.

Com esse objetivo, foram editados diversos microsistemas jurídicos, tais como a Consolidação das Leis do Trabalho, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, que conferem prerrogativas legais e cogentes aos indivíduos por eles protegidos, visando garantir-lhes igualdade através da lei.

Esse aspecto dos direitos sociais pode ser resumido pela máxima iluminista de Henri Lacordaire: “entre o fraco e o forte, o patrão e o operário, o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza e o direito que liberta” (45ª Conferência de Notre-Dame).

Por essa razão, nos casos em que a garantia de dignidade ao indivíduo demande previsão legislativa, esse mister não é mera faculdade, mas sim direito subjetivo dos seus beneficiários e obrigação do Poder Público. O contrário implica infringir a integridade da Lei Fundamental, estimulando o fenômeno da erosão da consciência constitucional (expressão citada também pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI n.º 1.484/DF), patologia constitucional gerada pelo comportamento negativo dos poderes constituídos que, em flagrante desprestígio à Constituição, torna inviável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas.

Corroborando esse entendimento, destaca-se decisão proferida pela Corte Constitucional:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. [...] A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno

de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (Supremo Tribunal Federal. Pleno. MI n.º 542/SP. Relator: Min. Celso Mello. Brasília, DF. 29 de agosto de 2001. *DJ*, Brasília, DF, 28 de jun. 2002)

Assim, diante da omissão lesiva dos órgãos legislativos em efetivarem tais direitos, cabe a qualquer cidadão impetrar o *writ* constitucional do mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República), ou aos constitucionalmente legitimados (artigo 103, da Constituição da República) ajuizar ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º).

3.2 Direitos a uma prestação material

Os direitos sociais também podem ser garantidos mediante uma efetiva intervenção estatal. Não basta ao Estado estabelecer formalmente que todos, indiscriminadamente, têm direito à saúde, ao lazer, à moradia, ao trabalho; é imprescindível que seja criada ou colocada à disposição do indivíduo a prestação material de que é titular.

E nem se diga que nessas situações pode o Estado escusar-se ao argumento de que as normas que os estabelecem são programáticas e, como tais, destituídas de efeito cogente, já que o art. 5º, §1º, da CF visa justamente maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, promovendo condições para que sejam reais e efetivos.

Segundo o Ministro Eros Grau, a aplicabilidade imediata tem por objetivo “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997).

Além disso, apesar de existirem normas programáticas destinadas a estabelecer metas a serem alcançadas pelos poderes constituídos, inexistem normas constitucionais destituídas de eficácia e aplicabilidade.

Nesse sentido, dispõe o Superior Tribunal de Justiça:

Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. RESP 575998/MG, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF. 7 de outubro de 2004. *DJ*, Brasília, DF, 16 nov. 2004)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE n.º 271286. AGR/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. 12 de setembro de 2000. *DJ*, Brasília, DF, 24 nov. 2000)

3.2.1 Prevalência da garantia do mínimo existencial sobre o princípio da reserva do possível

Por terem os direitos sociais prestacionais dimensão pecuniária, já que vinculados à criação, destinação e distribuição equitativa de serviços e bens materiais, a realidade econômica de seu obrigado apresenta-se como entrave à sua efetivação. Diante dessa premissa, foi concebido na doutrina o princípio da reserva do possível, que estabelece como óbice à concretização desses direitos duas situações distintas: a limitação material do ente responsável pela sua prestação – vinculada à existência do objeto prestacional ou de meios de adquiri-lo –, e a capacidade jurídica de prestá-lo – que se relaciona com a competência legislativa em matéria orçamentária e no princípio da divisão funcional do poder.

Numa primeira análise, pode parecer que a disponibilidade financeira do ente público responsável é barreira intransponível à efetivação dos direitos sociais prestacionais, detendo o Poder Público ampla discricionariedade na prestação social, podendo sempre optar pela alocação dos recursos públicos nas áreas em que lhe for mais conveniente.

Nesse sentido, dispõe João José Sady:

Distinguir uma linha fronteira entre aquilo que não é possível porque os meios não são suficientes e o que não é possível porque se alocou os meios existentes para outras prioridades, implica em lidar com um horizonte movediço e nebuloso. (SADY, João José. *O Judiciário e o conflito entre DH e reserva do possível*. Fórum de Entidades Nacionais de Direitos Humanos. Disponível em: < <http://www.forum.direitos.org.br/?q=node/view/1737>>. Acesso em: 15 jun. 2005)

Tal premissa, embora aparentemente verdadeira, não atente aos preceitos de um Estado Democrático e Social de Direito, que estabelece que, a par de ser o Poder Público destinatário da norma que encerra o direito social prestacional, o cidadão, seu beneficiário, tem o direito subjetivo a que lhes sejam efetivadas as prestações sociais.

Como Relator em decisão proferida em 29.04.2004 e publicada em 04.05.2004, no julgamento da ADPF n.º 45/DF, dispôs o Ministro Celso de Mello:

Não se mostrará lícito ao Poder Público - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Infelizmente, não há como negar que, diante da conjuntura econômica do Estado brasileiro, os meios disponíveis são insuficientes para fazer atuar o Poder Público em todas as esferas de forma efetiva.

Faz-se necessário, assim, estabelecer-se um alvo prioritário para os gastos públicos, qual seja, o de assegurar a dignidade da pessoa humana, estabelecida como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição da República) e projetada em todos os direitos fundamentais. Não se faz possível ao Poder Público, na atual conjuntura, exonerar-se de suas obrigações nos casos em que tal conduta negativa implicar nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais que visem conferir condições materiais mínimas à existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.

Continua o Ministro Celso de Mello, no julgamento *supra*:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

A discricionariedade administrativa, sob tal perspectiva, somente impera após atingido esse mínimo existencial indispensável à dignidade dos indivíduos indiscriminadamente, suplantando o juízo de conveniência e oportunidade, especialmente na implantação das políticas públicas prioritárias, adstritas ao Poder Público.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de Políticas Públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da Jurisdição Constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “Reserva do Possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos Constitucionais de Segunda Geração). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF. 29 de abril de 2004. *DJ*, Brasília, DF. 4 de maio de 2004)

Sempre que os Poderes Estatais – investidos na função de viabilizar os direitos sociais –, por ação ou por omissão, comprometerem a eficácia de tais direitos, atingindo o núcleo intangível e irredutível de condições imprescindíveis à vida digna do indivíduo, caberá ao Poder Judiciário intervir, sem que se possa, com isso, falar em ofensa ao postulado da divisão funcional do poder.

Nessa perspectiva, A. P. SOARES DE PINHO contribuiu para a compreensão da doutrina da separação dos poderes, demonstrando a presença da idéia de interpenetração, equilíbrio e harmonia entre eles e sua importância como técnica de sua limitação em benefício da liberdade individual:

O que pretendemos deixar assinalado é que a divisão de poderes nunca se dissociou da idéia da sua interpenetração, do seu equilíbrio, da sua harmonia, não podendo ser tida como absoluta e desintegradora. E teve sempre em vista, no consenso unânime dos que a adotaram, a limitação do poder em benefício da liberdade individual. Nem seria lícito imaginar-se que o Estado, destinado a servir ao homem, e sua criação, fosse organizado e funcionasse de tal modo que o absorvesse e o oprimisse, como ocorre nos regimes absolutistas e totalitários. (PINHO, A. P. Soares de. *Freios e contrapesos do governo na Constituição brasileira*. Niterói: S.C.P., 1961)

Para preservar os direitos e garantias constitucionais, nem mesmo as leis orçamentárias são óbices, conforme se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho do Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. 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 Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pactuado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes [...].

Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. [...] O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. Recurso especial provido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS n.º 23.452/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. *DJ*, Brasília, DF, 12 de maio de 2000)

Importante ressaltar que, além da garantia do mínimo existencial, apresenta-se como obstáculo à discricionariedade administrativa a manutenção dos níveis gerais de socialidade alcançados, mesmo que previstos em legislação infraconstitucional, tendo em vista o princípio da proibição de retrocesso social. Dispondo sobre tal princípio, assevera Canotilho que:

Os direitos fundamentais assumem, uma vez concretizados em nível infraconstitucional, condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que tais direitos já não podem mais ser reduzidos ou suprimidos, pena de infração ao princípio da proteção da confiança, implicando inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocadamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançadas. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. P. 474-475)

Os direitos fundamentais a uma prestação material do Estado podem ser exercidos a despeito da reserva do possível tanto de forma individual – por ação de obrigação de fazer ou Mandado de Segurança – quanto na esfera coletiva pela Ação Civil Pública ou Mandado de Segurança Coletivo.

4 Conclusão

Com essas considerações, pode-se concluir que:

1. A Constituição Federal de 1988, acompanhando as conquistas advindas da Declaração dos Direitos Humanos, previu expressamente, protegeu como cláusulas pétreas e conferiu aplicabilidade imediata não somente aos direitos fundamentais propriamente ditos, mas também aos direitos sociais, econômicos e culturais.

2. Os direitos fundamentais propriamente ditos, direitos de defesa dos cidadãos contra a ingerência indevida do Estado

na esfera privada, visam garantir a liberdade dos indivíduos e se efetivam de pleno direito pela própria letra da Magna Carta. Sua violação é coibida judicialmente pelos *writs* constitucionais do Mandado de Segurança e do *Habeas Corpus*.

3. Os direitos sociais, econômicos e culturais, ou direitos fundamentais de segunda dimensão, ou direitos fundamentais prestacionais, visam garantir aos indivíduos a liberdade e igualdade formais e se subdividem em direitos a uma prestação normativa ou jurídica e direitos a uma prestação material.

4. Os direitos a uma prestação normativa ou jurídica se efetivam através da criação de normas que garantam prerrogativas àqueles em presumida desigualdade fática e o instrumento processual cabível em caso de omissão normativa do Poder Público é o Mandado de Injunção a ser impetrado por qualquer cidadão ou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a ser ajuizada pelos constitucionalmente legitimados.

5. Os direitos a uma prestação material se efetivam pela criação e disponibilização das prestações sociais, econômicas e

culturais pelo Poder Público e têm aplicabilidade imediata, sob pena de esvaziamento de seu conteúdo.

6. Como os direitos sociais prestacionais detêm dimensão econômica, o Estado invoca como defesa o princípio da reserva do possível, que estabelece como limite fático à efetivação de tais direitos a existência do objeto a que se refere (ou de meios de adquiri-lo), a competência legislativa em matéria orçamentária e o princípio da divisão funcional dos poderes.

7. Reconhecida a incapacidade econômica do Poder Público atuar efetivamente em todas as áreas de sua competência, cabe ao Judiciário, ante a desídia dos órgãos públicos, priorizar a garantia do mínimo indispensável à dignidade humana, que impera inclusive sobre o argumento de insuficiência de recursos, ausência de previsão orçamentária e divisão funcional do poder.

8. Os direitos fundamentais a uma prestação material podem ser exercidos individualmente através de ação de obrigação de fazer e Mandado de Segurança. De forma coletiva, pela Ação Civil Pública e pelo Mandado de Segurança Coletivo.

5 Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Os Direitos Fundamentais: Sua Dimensão Individual e Social*, in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política (CDCCP). N.º 1 (1992).

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1998*. Direito Bancário *On Line*. Disponível em: <http://www.direitobancario.com.br/artigos/direitoconstitucional/01mar_151.htm>. Acesso em: 15 jun. 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

SADY, João José. *O Judiciário e o conflito entre DH e reserva do possível*. Fórum de Entidades Nacionais de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.forum.direitos.org.br/?q=node/view/1737>>. Acesso em: 15 jun. 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. P. 474-475.

PINHO, A. P. Soares de. *Freios e contrapesos do governo na Constituição brasileira*. Niterói: S.C.P., 1961.

4.6 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.6.1 A Linguagem na 3ª Idade

Ana Carolina de Andrade Teixeira

Fonoaudióloga

Pós-graduada em Linguagem - PUC-MG

O envelhecimento é um processo natural e o idoso, para ter uma qualidade de vida favorável, deve estar ativamente inserido na sociedade. Para se ter um envelhecimento ativo, é necessário um grau desejável de bem-estar físico, mental e social, sendo possível desempenhar alguma atividade produtiva, mesmo que seja através de mecanismos de compensação.^{1,2,5}

O número de idosos representa 8,6% da população brasileira, ocupando cada vez mais destaque na sociedade. A proporção de idosos vem crescendo rapidamente, sendo que nos próximos 20 anos poderá ultrapassar 13% da população.³

O enfoque multidisciplinar é de extrema importância na qualidade de vida do idoso, sendo de responsabilidade de todos os profissionais da área da saúde desenvolver pesquisas e adotar medidas para melhorar a qualidade de vida desses indivíduos.

O fonoaudiólogo é o profissional que atua na área da comunicação oral e escrita, voz, motricidade oral e audição, bem como no aperfeiçoamento dos padrões da fala e da voz.

A comunicação é fundamental em todas as fases do desenvolvimento do ser humano, pois através dela estabelecemos vínculos afetivos e sociais, aprendemos, ensinamos e exercemos nossas aptidões e direitos. Para tanto, fazemos uso da linguagem, dos órgãos da fala, da escrita, da voz e da audição.

A linguagem é formada por um sistema complexo e dinâmico que permite ao ser humano comunicar pensamentos, desejos, sentimentos, necessidades e dúvidas por meio de sons, gestos e sinais.⁶

No campo da linguagem em idosos, a Fonoaudiologia atua em pesquisas, avaliações e terapias de afasia, demências senis, presbifonia e presbiacusia. Por intermédio do papel preventivo, o fonoaudiólogo proporciona ao idoso um processo de envelhecimento ativo, não esperando que os distúrbios da comunicação ocorram para somente então atuar.

Com o envelhecimento normal, poderão aparecer algumas

alterações de linguagem relacionadas à memória e interpretação de estórias; porém, esse fato não deve privar o idoso de suas atividades diárias. Deve-se considerar que as características e dificuldades não serão iguais em todas as pessoas, pois dependerá do contexto de vida de cada um.

As afasias e demências são comuns em idosos e conseqüentemente ocasionam alterações de linguagem. Contudo, quando se fala em demência, não se deve confundir com o envelhecimento natural, haja vista que a demência tem condição degenerativa e gera dificuldades com as regras gramaticais, empobrecimento do vocabulário, inclusive a perda total da fala.

O sistema cerebral da linguagem está relacionado aos sistemas cognitivos e motores, mesmo o cérebro possuindo áreas específicas relacionadas a ela. Quando ocorre uma lesão nessas áreas específicas, tem-se um distúrbio de linguagem, a que chamamos afasia. As causas mais comuns das afasias são: vasculares, infecciosas, traumáticas, anóxicas, metabólicas, idiopáticas, neoplásicas, degenerativas e desmielinizantes.⁴

A demência é um conjunto de sinais e sintomas que se referem à condição de deteriorização crônica e geralmente progressiva do funcionamento do intelecto, da personalidade e da comunicação. Caracteriza-se, clinicamente, por perdas das habilidades intelectuais de tal modo que interfiram na vida social, ocupacional, laboral e na comunicação. A memória semântica e episódica, os sistemas conceituais e inferenciais – onde as idéias e eventos são recebidos, formados e estocados –, também poderão estar comprometidos. As etiologias mais frequentes são: anoxia, infecção, traumatismo craniano, sífilis, doença de Alzheimer (50% dos casos), Parkinson e doenças vasculares.^{4,7}

Assim, o envelhecimento faz parte do ciclo da vida, e o fonoaudiólogo é um dos profissionais que têm o papel de educar e conscientizar a todos com relação à equidade e igualdade no que diz respeito a essa população. Para ter uma participação ativa na sociedade, o idoso deve fazer uso de sua linguagem e conseqüentemente desenvolver sua autonomia.

Referências

¹ Ribeiro, AP; Schutz, GE. Reflexões sobre o envelhecimento e bem-estar de idosos institucionalizados. Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia. v.10 n.2 Rio de Janeiro 2007

² Gamburgio L.J.L. **Envelhecimento, Linguagem e Qualidade de Vida**. 2002. Disponível em: www.fonoaudiologia.com

³ www.ibge.gov.br

⁴ Mac-Kay, APM. Afasia. In: Mac-Kay, APM, Assemcio-Ferreira, VJ, Ferri-Ferreira, TMS. Afasias e demências: avaliação e tratamento fonoaudiológico. Editora Santos. 2003. p 47-79

⁵ Goldstein LL. A produção científica brasileira na área da gerontologia. Revista online Bibl. Professor Joel Martins - v.1., n.1, p. 1-14, out. 1999. Disponível em: www.bibli.fae.unicamp.br

⁶ Alvarez A. Os processamentos sensoriais da linguagem. In: Jornada de Reabilitação Cognitiva; 1998 Maio 18-23; São Paulo (SP), Brasil. São Paulo: Lemos; 1998.

⁷ Caramelli P, Mansur L, Nitrini R. Distúrbios de linguagem nas demências. In: Nitrini R, Caramelli P, Mansur L. Neuropsicologia : das bases anatômicas à reabilitação. São Paulo: Clínica Neurológica Hospital das Clínicas (FMUSP); 1996. p. 212-29.

4.6.2 Indicação de obra de outra área

4.6.2.1 GRAY, John. **Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007, 255p. Tradução de Maria Lucia de Oliveira

John Gray é um dos mais renomados filósofos do Reino Unido e considerado um dos maiores pensadores da atualidade. Autor de vários livros traduzidos.

Nesse livro, John Gray busca “desracionalizar” a racionalidade do ser humano. Explica o autor: “tentei oferecer uma visão das coisas na qual os humanos não são figuras centrais. Meus pensamentos estão apresentados em fragmentos, mas não desprovidos de sistematicidade. Espero que possam ser lidos um após o outro, ou em qualquer ordem preferida” (p. 9)

De fato, Gray busca demonstrar o equívoco dos pensamentos filosóficos clássicos acerca da pseudo-superioridade do ser humano no mundo natural. Assim, Cachorros de palha é um

ataque às crenças impensadas de pessoas pensantes. A partir de tal viés, Gray mostra que, “desde a filosofia de Platão ao advento da cristandade, do Iluminismo a Nietzsche, a tradição do pensamento ocidental foi baseada em crenças arrogantes e equivocadas sobre o lugar dos seres humanos no mundo”.

Por fim, em cada um dos pensamentos contidos na obra, o leitor irá se deparar com a profundidade e a inteligência ímpar de Gray. Embora desenvolvido num discurso direto e limpo, o livro passa por todas as vertentes da filosofia clássica e moderna, o que o torna ainda mais irresistível e instigante, sobretudo àqueles que possuam uma maior predileção às literaturas críticas e desmistificadoras.