

MPMG

jurídico

Ano IV - N.º 15
janeiro/fevereiro/março - 2009
ISSN 1809-8673



Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Matéria Especial

Desafios contemporâneos do Ministério Público brasileiro na defesa do patrimônio público

Marcelo Zenkner

Entrevista

**Vanessa Fusco fala sobre sua
experiência à frente da Promotoria de
Crimes Cibernéticos**

Público Constitucional, Administrativo e Institucional

Coletivo Material e Processual

Civil Material e Processual

Penal Material e Processual

Informações Variadas

Disseminare

15

MIPMG

Publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais



Ano IV - N.º 15
janeiro/fevereiro/março - 2009
ISSN 1809-8673
Circulação Nacional e Internacional

ce*f*
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

 **MPMG**
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Expediente

Procurador-Geral de Justiça

Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Corregedor-Geral

Procurador de Justiça Márcio Heli de Andrade

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Procurador de Justiça Fernando Antônio Fagundes Reis

Secretário-Geral

Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira

Chefe-de-Gabinete

Promotor de Justiça Paulo de Tarso Moraes Filho

Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça – CAP

Promotor de Justiça Flávio Alexandre Correa Maciel

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

Superintendência de Formação e Aperfeiçoamento

Fernando Soares Miranda

Diretoria de Produção Editorial

Alessandra Souza Santos

Revisão

Daniela Paula Alves Pena

Hugo de Moura

Beatriz Garcia Pinto Coelho (estágio supervisionado)

Gabriela Nunes Gomes (estágio supervisionado)

Redação

Samuel Alvarenga Gonçalves

Projeto Gráfico

Marcia Odete Corrêa da Silva

Diagramação

Marcia Odete Corrêa da Silva

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.



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: 30170-001

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

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	8
II APRESENTAÇÃO	8
III CONVITE DA COORDENAÇÃO EDITORIAL	9

1 MATÉRIA ESPECIAL	10
1.1 Desafios contemporâneos do Ministério Público brasileiro na defesa do patrimônio público	10
Marcelo Zenkner	

2 ENTREVISTA	14
2.1 <i>Vanessa Fusco Nogueira Simões</i>	14

3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL	18
---	----



3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL	18
---	----

3.1.1 Crise econômica e direitos fundamentais: reflexões a partir de Marx e Luhmann	18
Gustavo Henrique de Almeida	

3.1.2 Previdência e Seguridade Social – o Desafio do Estado Contemporâneo	20
Alcione de Freitas e Silva	

3.1.3 A Dinâmica do Novo Relatório Mensal	24
Márcio Heli de Andrade	

3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	25
--	----

A) <i>Obras Doutrinárias</i>	25
------------------------------	----

3.1.4.1 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. 350p.	25
--	----

B) <i>Artigos</i>	26
-------------------	----

3.1.4.2 CLÈVE, Clèmerson Merlin; HONÓRIO, Cláudia. Inconstitucionalidade decorrente de circunstância fáticas e a Administração Pública. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Editora Renovar, Ano 3, n. 13, p. 85-103, jul./set. 2008.	26
--	----

3.1.5 Jurisprudência da área	26
------------------------------	----

3.1.5.1 TJMG, 7ª Câmara Cível. <i>Aprovação, pela Câmara Municipal, das contas prestadas pelo Prefeito Municipal. Não vinculação do Ministério Público. Possibilidade de ajuizar ação civil pública com pedido de reparação de prejuízo causado ao patrimônio público</i>	26
---	----

3.1.5.2 TJMG, 6ª Câmara Cível. <i>Policial assassinado em dia de folga. Responsabilidade civil do Estado</i>	26
--	----

3.1.5.3 STJ, 2ª Turma. <i>Interrupção de fornecimento de energia elétrica em face de ente público inadimplente. Possibilidade, desde que não atinja unidades de prestação de serviços essenciais</i>	27
--	----

3.1.5.4 TJMG, 8ª Câmara Cível. <i>Prerrogativa de o membro do Ministério Público manifestar-se nos autos que entender existir interesse, bem como de transitar livremente nas salas de audiência e outras dependências</i>	27
--	----

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL



28

3.2.1 Direito de acessibilidade aos bens culturais

Marcos Paulo de Souza Miranda e Andrea Lanna Mendes Novais

28

3.2.2 Reflexões acerca da codificação do direito processual coletivo brasileiro

Paulo Armando Mosconi D'Arcádia

30

3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

34

A) Obras Doutrinárias

34

3.2.3.1 AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. São Paulo: RT, 2003. 285p. 34

B) Artigos

34

3.2.3.2 CACAIS, Rubens Capistrano. **Cooperação Internacional ambiental**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 14, n. 53, p. 241-260, jan./mar. 2009. 34

3.2.4 Jurisprudência da área

35

3.2.4.1 TJMG, 7ª Câmara Cível. *Menor submetido a tratamento de saúde fora do seu domicílio. Pagamento de diárias ao seu acompanhante pelo Poder Público* 35

3.2.4.2 TJMG, 1ª Câmara Cível. *Proteção do patrimônio cultural. Calçamento artesanal e histórico* 36

3.2.4.3 TJMG, 4º Grupo de Câmaras Cíveis. *Direito à saúde. Fornecimento de medicamento similar pelo SUS. Princípio da razoabilidade* 36

3.2.4.4 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Obrigação de o Município fornecer abrigo a crianças e adolescentes em situação de risco* 36

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL



38

3.3.1 Alimentos gravídicos, efeitos e possíveis conseqüências: presunção *juris et de jure* de que o homem sempre possui capacidade econômica para auxiliar materialmente a mulher no caso de sua gravidez? 38

Vinicius de Souza Chaves

3.3.2 Adoção internacional: uma reflexão

Magda Garcia Dantas Lobo

40

3.3.3 Breves comentários sobre a guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/2008

Leonardo Barreto Moreira Alves

41

3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

44

A) Obras Doutrinárias

44

3.3.4.1 MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007. 109p. 44

B) Artigos

45

3.3.4.2 CRUZ, Juliana Lopes da. **Considerações sobre o destino do agravo de instrumento na superveniência da sentença**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 34, n. 169, p. 251-267, mar. 2009. 45

3.3.5 Jurisprudência da área	45
3.3.5.1 TRF 4ª Região, 6ª Turma. <i>Pensão por morte. Rateio entre a viúva e a concubina. Nova concepção do conceito de família</i>	45
3.3.5.2 STF, 1ª Turma. <i>Interposição de recurso extraordinário. Indicação expressa do dispositivo legal (alínea) autorizador do recurso. Obrigatoriedade</i>	46
3.3.5.3 STF, 1ª Turma. <i>Interposição de recurso extraordinário. Indicação expressa do dispositivo legal (alínea) autorizador do recurso. Dispensa</i>	46
3.3.5.4 TJMG, 17ª Câmara Cível. <i>Abandono afetivo. Indenização por danos morais. Impossibilidade</i>	47

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL



3.4.1 O STF e a interpretação neokantista do Direito Penal Dermeval Farias Gomes Filho	48
3.4.2 Reforma do Código de Processo Penal: o novo momento de recebimento da denúncia ou queixa Felipe Fonseca Oliveira Rodrigues e Laís Mendes Oliveira	50
3.4.3 Crítica à adoção do crime impossível no flagrante preparado Juliano Silva do Lago	52
3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	54
<i>A) Obras Doutrinárias</i>	54
3.4.4.1 MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. 560p. Coleção Ciências Criminais, v. 5.	54
<i>B) Artigos</i>	54
3.4.4.2 SOUSA, Susana Aires de. Responsabilidade criminal por produtos defeituosos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 17, n. 76, p. 106-121, jan./fev. 2009.	54
3.4.5 Jurisprudência da área	55
3.4.5.1 TJPR, 1ª Câmara Criminal. <i>Plenário do júri. Tese defensiva apresentada somente na tréplica. Ofensa ao princípio da paridade de armas</i>	55
3.4.5.2 TJMG, 3ª Câmara Criminal. <i>Plenário do júri. Tese defensiva apresentada somente na tréplica. Plenitude de defesa. Respeito ao contraditório</i>	55
3.4.5.3 TJMG, 2ª Câmara Criminal. <i>O princípio da insignificância não encontra assento no direito penal brasileiro</i>	55
3.4.5.4 TJMG, 1ª Câmara Criminal. <i>Furto simples. Causa de Aumento. Repouso noturno. Local não habitado. Vítima não repousando no local. Possibilidade</i>	56
3.4.5.5 TJMG, 3ª Câmara Criminal. <i>Furto simples. Causa de Aumento. Repouso noturno. Local não habitado. Vítima não repousando no local. Impossibilidade</i>	56

4. INFORMAÇÕES VARIADAS	58
4.1 IV ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL	58
4.1.1 Carta de Ouro Preto	58
4.2 REFLEXÕES E OLHAR CRÍTICO	61
4.2.1 Sistema prisional e banimento social no mundo contemporâneo <i>Andre Rocha Cançado</i>	61
4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO	64
4.3.1 Indivíduo, cidadão e pessoa humana numa leitura complementar <i>Paula Miranda Lima</i>	64
4.3.2 Fadados ao mito impulsionador <i>Susane Marangoni Molina</i>	66
4.4 LÍNGUA E LINGUAGEM	66
4.4.1 É patente a confusão com os homônimos e parônimos <i>Cláudio Márcio Bernardes</i>	66
4.5 TÉCNICA PROCESSUAL	67
4.5.1 Recomendação do Ministério Público: Prestação de contas pelo Gestor do SUS <i>Luciano Moreira de Oliveira</i>	67
4.6 DIREITO EM FOCO	69
4.6.1 Aspectos controvertidos da repercussão geral no recurso extraordinário <i>Renato Pessoa Manucci</i>	69
4.7 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR	71
4.7.1 Inovações e mudanças na escola <i>Cristiane Alvarenga Gonçalves</i>	71
4.7.2 Indicação de obra de outra área	72

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Alceu José Torres Marques

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

Prezados(as) Leitores(as),

Inicialmente, gostaria de cumprimentar cada um de vocês e dizer que me sinto honrado com a tarefa de continuar um trabalho de tamanha importância iniciado pela gestão do Dr. Jarbas Soares Júnior e pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público mineiro.

Sempre acompanhei de perto o MPMG Jurídico, desde a sua primeira edição até a presente, a qual fui incumbido de prefaciá-lo por meio desse singelo comunicado. Agora, sei que as responsabilidades em relação à continuidade nesse caminho serão minhas companheiras de jornada. Não obstante, tenho certeza de que cumprimos a nossa missão institucional de perpetuar essa obra de divulgação do saber jurídico, principalmente porque confio e conto com a colaboração de todos vocês para que, juntos, possamos chegar ao final de nossa gestão com a sensação do dever cumprido.

Estamos sempre abertos a novas sugestões, críticas e elogios. O viés pluralista e democrático do MPMG Jurídico jamais será posto de lado; ao contrário, não há nada mais legítimo do que o diálogo e o respeito a toda e qualquer forma de pensamento.

Firmes nesse propósito, reitero meus cumprimentos iniciais.

Muito obrigado!

II APRESENTAÇÃO

Marcos Pereira Anjo Coutinho

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Estimados(as) Leitores(as),

Todo recomeço é, a um só tempo, um misto de alegria e desafio. Alegria pela colheita de bons frutos do trabalho honesto e dedicado. Desafio pelo que virá amanhã e que será certamente enfrentado com a mesma carga de otimismo e perseverança de sempre.

Essa edição 15 do MPMG Jurídico é especial. Com um “design” totalmente reprojeto, o seu visual ficou ainda melhor, sempre de modo a proporcionar aos seus leitores uma agradável viagem ao universo do Direito.

Logo na matéria de capa, encontramos a experiência de Marcelo Zenkner sobre a atuação especializada do Ministério Público na defesa do patrimônio público, com enfoque na ótica da improbidade administrativa.

Na entrevista, a atualidade ficou por conta do bate-papo com a Promotora de Justiça Vanessa Fusco, do Ministério Público mineiro, sobre crimes cibernéticos e suas principais formas de combate.

Já nas matérias jurídicas, o acervo de artigos está bem eclético e atual, passando de apontamentos ligados à realidade institucional do Ministério Público a questões bem práticas e relevantes.

Especial destaque para o repositório jurisprudencial em que se procurou, de forma saudável e reflexiva, apresentar divergências de uma mesma matéria na visão dos tribunais, além de indicação de obras novas e outras já consagradas do Direito brasileiro.

Enfim, vale a pena a atualização rápida e dinâmica por meio do MPMG Jurídico!

Boa leitura a todos(as) vocês.

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 ESPECIAL

1.1 Desafios contemporâneos do Ministério Público brasileiro na defesa do patrimônio público

Marcelo Zenkner

Promotor de Justiça/ES

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV/ES

Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da FDV/ES

Diretor da Escola do Ministério Público/ES

É o que disse o outro pirata a Alexandre Magno. Navegava Alexandre em uma poderosa armada pelo Mar Eritreu a conquistar a Índia; e como fosse trazido a sua presença um pirata, que por ali andava roubando os pescadores, repreendeu-o muito Alexandre de andar em tão mau ofício; porém ele que não era medroso nem lerdo, respondeu assim: “basta, Senhor, que eu porque roubo em uma barca sou ladrão, e vós porque roubais em uma armada, sois imperador?” Assim é. O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza: o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito os Alexandres. Mas Sêneca, que sabia bem distinguir as qualidades e interpretar as significações, a uns e outros, definiu com o mesmo nome: “Eodem loco pone latronem, est piratam, quo Regem animus latronis, est piratae habentem”. Se o Rei de Macedônia, ou qualquer outro, fizer o que faz o ladrão e o pirata; o ladrão, o pirata e o Rei, todos têm o mesmo lugar, e merecem o mesmo nome (“O SERMÃO DO BOM LADRÃO”, Padre Antônio Vieira, 1655).

1 HISTÓRICO DA LEI Nº 8.429/92

O Brasil passou por um longo e triste período de exceção. Tempo em que reuniões eram bastante restringidas, a palavra era cerceada, ilegalidades de toda a sorte aconteciam, mas não se podiam levar a público ou, se isto ocorresse, nenhuma consequência havia, o que gerava um clima de enorme impunidade, sentimento de desigualdade e desdém em relação ao interesse público.

Com a Constituição de 1988, aboliu-se a censura, tornou-se livre a manifestação de pensamento e foram estabelecidas responsabilidades para aqueles que violassem injustamente a honra e a imagem das pessoas. Exigiu-se do agente público o respeito à democracia, com o anúncio de severas consequências aos seus injuriadores. Neste sentido, além das opções constitucionais esboçadas em outros preceitos, delineadoras dos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil, assim restou lavrado o art. 37, § 4º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (*de acordo com a redação dada pela

Emenda Constitucional 19/98):

[...]

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O constituinte obrou com intensa preocupação a formação do novo regime, o democrático. Deixou nítida sua intenção de superar mazelas do passado, como o arbítrio, o abuso, a prepotência, a desigualdade de tratamento por qualquer razão; e também evidente a ideia da imperatividade da ordem jurídica, como preceitos para todos, em especial aqueles que exercem função pública.

Em 1989, na primeira eleição direta para o cargo de Presidente da República do período pós-ditadura, Fernando Collor é eleito o mais jovem presidente do Brasil, com 35 milhões de votos. Sua trajetória, entretanto, foi interrompida por várias denúncias de corrupção. Mobilizados, os estudantes apelidados de “caras-pintadas” tomaram as ruas pedindo a saída de Collor do Planalto.

Nesse contexto histórico, de imensa pressão da opinião pública, foi gerada e publicada a Lei nº 8.429, de junho de 1992, alcunhada “Lei de Improbidade Administrativa”, assinada exatamente por aquele que veio a se tornar o seu primeiro alvo: o ex-presidente Fernando Collor. Na sequência, o Congresso Nacional acabou aprovando o *impeachment*, e Collor renunciou, em 29 de dezembro de 1992, um dia antes de o Senado tirá-lo do cargo.

O fato é que, a partir daí, autoridades de todo o país passaram a ter suas gestões investigadas pelo Ministério Público e, verificado o ato ímprobo, iniciaram-se processos e, após observância do devido processo legal, impeliram-se sérios efeitos aos condenados, como a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos.

Muitos maus gestores foram condenados a ressarcir os cofres públicos por suas ações ímprobas, mesmo diante da reconhecida ausência de condições técnicas não-jurídicas, materiais e operacionais ao Ministério Público e ao Judiciário. Resgatou-se a credibilidade da Justiça e desestimulou-se a utilização dos bens públicos para fins alheios.

Obviamente essa situação não agradou a muitos. Pessoas enraizadas a práticas clientelistas, patriarcais, assistencialistas; pessoas que foram financiadas ou corrompidas com o fito de defender interesses de determinados grupos ou até mesmo de organizações criminosas (prática bastante corriqueira na caracterização de tais entidades por definição ilícitas); etc., não quiseram se amoldar à nova ordem e passaram a se voltar contra ela.

2 ATAQUES À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O primeiro ataque claro à Lei de Improbidade

Administrativa ocorreu em dezembro de 2000, com a edição da Medida Provisória nº 2.088-35, a qual criou mais uma modalidade de ato de improbidade administrativa, que viria prevista no inciso VIII do artigo 11 da Lei nº 8.429/92:

Art. 11. [...]

VIII - instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente.

A mesma medida provisória ainda alterava o procedimento da ação por ato de improbidade administrativa, prevendo o seguinte:

Art. 17. [...]

§ 10. O réu poderá, em reconvenção, no prazo da contestação, ou em ação autônoma, suscitar a improbidade do agente público proponente da ação configurada nos termos do art. 11, incisos I e VIII, desta Lei, para a aplicação das penalidades cabíveis.

§ 11. Quando a imputação for manifestamente improcedente, o juiz ou o tribunal condenará nos mesmos autos, a pedido do réu, o agente público proponente da ação a pagar-lhe multa não superior ao valor de R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais), sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

Por uma ação forte da CONAMP, com apoio da imprensa e da opinião pública, na reedição dessa medida provisória, essas excrescências acabaram sendo eliminadas nas reedições sucessivas da mesma medida provisória.

Por outro lado, em razão da Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, e da Emenda Constitucional nº 32/2001, acabou incorporando ao procedimento da ação por ato de improbidade administrativa o chamado “juízo de prelibação”.

O segundo ataque à Lei de Improbidade Administrativa veio com o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 2182), proposta pelo extinto Partido Trabalhista Nacional, que teve por objetivo o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92. O partido requerente sustentou, em síntese, que a norma atacada “[...] não resultou de um trabalho bicameral, ofendendo, assim, o artigo 65 da Constituição Federal”. Alegou que a Câmara dos Deputados não poderia ter encaminhado à sanção presidencial o projeto substitutivo apresentado pelo Senado Federal, em razão de supostas alterações substanciais que teriam sido introduzidas naquela Casa, então revisora. Nessa linha, afirmou que a Câmara dos Deputados teria elaborado “[...] uma terceira e nova redação para o projeto de lei destinado a regular os atos de improbidade”, a qual não teria sido examinada pelo Senado Federal.

A ação, proposta no ano 2000, tratava apenas de discutir a questão referente ao vício formal: saber se a alteração do substitutivo pela Câmara dos Deputados implicava necessário retorno da proposição ao Senado Federal. Quanto a este objeto, a Procuradoria-Geral da República e a Advocacia-Geral da União já se manifestaram

pela improcedência do pedido.

Na sessão de 23/05/2007, o Tribunal retornou à discussão, com a apresentação do voto do relator, pela admissibilidade formal. Após o voto do relator, os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia apresentaram seus votos divergentes (pela constitucionalidade formal da lei). A seguir o Ministro Eros Grau solicitou vista, alegando a necessidade de uma análise mais detalhada da matéria.

O Ministro Gilmar Mendes, que presidia a sessão, ressaltou a importância de serem analisadas, também, eventuais inconstitucionalidades de ordem material em alguns pontos da referida lei. Após ampla discussão, o Ministro relator levantou questão de ordem para saber se, vencida a questão formal, haveria, ou não, a discussão referente à inconstitucionalidade material, caso não ocorresse rejeição do vício formal.

Uma grande discussão foi travada, tendo em vista que a petição inicial apontava tão-somente o vício formal (se o trâmite do projeto de lei no Congresso Nacional estava correto, ou não), não estando em discussão o vício material.

Os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Ayres Britto votaram a favor do relator, ou seja, que permanecesse somente, em julgamento, a discussão do vício formal. Contrariamente a esse entendimento, apresentaram seus votos os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso e Celso de Melo. Com a ausência dos Ministros Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie, o Ministro Gilmar Mendes, que iniciou a discussão, solicitou vista da questão de ordem, prevalecendo, assim, sobre o pedido de vista do Ministro Eros Grau.

Se fosse acatada a tese de analisar também o aspecto material, seria aberto novo prazo para que a AGU, PGR e o próprio relator pudessem se manifestar sobre a possibilidade de haver ou não o vício material.

Outro ataque veio com a promulgação da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou os parágrafos primeiro e segundo do artigo 84 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública;

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Vale observar que tal lei foi promulgada na véspera do Natal, em uma negociação do PT, que obstruiu a tramitação do respectivo projeto de lei quando era oposição, em troca da aprovação pelo Congresso da mini-reforma tributária, a qual era de interesse do novo governo que assumiria o comando da Nação no dia 1º de janeiro do ano seguinte.

Seguramente, o que se deixa transparecer é que o intuito era o de deixar impunes os atos de improbidade, não apenas porque a investigação e a promoção de ações deixariam de ser realizadas por centenas de membros do Ministério Público, mas também porque os Tribunais, totalmente despreparados para a instrução de processos, seriam inundados por inúmeros casos já iniciados, por vezes de complexa solução jurídica.

Mais uma vez a CONAMP entrou em ação e ajuizou a ADIn nº 2797 no Supremo Tribunal, cujo pedido acabou sendo julgado procedente, eliminando-se, então, a previsão de foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, sob o argumento de que somente poderia se dar por emenda à Constituição, e não por lei ordinária. Entretanto, os parlamentares aproveitaram a “idéia” para o texto da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358 de 2005 (2ª parte da “Reforma do Judiciário”, ainda em tramitação), que prevê, dentre outras questões, o mesmo foro privilegiado por prerrogativa de função nos processos e julgamentos por atos de improbidade administrativa.

Um quarto ataque sofrido pelas ações por ato de improbidade administrativa envolve o posicionamento já manifestado por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal no sentido de suspender a tramitação ou extinguir os processos por ato de improbidade administrativa sob o argumento de que os atos de improbidade descritos na Lei nº 8.429/92 são “crimes de responsabilidade”.

Caso esse entendimento prevaleça, será concedido aos agentes políticos, por uma via oblíqua, o mesmo foro privilegiado por prerrogativa de função previsto na inconstitucional Lei nº 10.628/92, já que sujeitará os mesmos apenas à antiga Lei de Crimes de Responsabilidade (1.079/50), acarretando o fim prematuro de mais 14 mil processos que atualmente tramitam nas Justiças Federal e Estadual contra agentes e ex-agentes políticos acusados de atos de improbidade.

Em 2007, outra proposta de emenda à Constituição foi apresentada: a PEC nº 115, de autoria do deputado Paulo Renato Souza (PSDB/SP), que cria o Tribunal Superior da Probidade Administrativa (TSPA), que teria competência para julgar, especificamente, ações penais relativas a crimes contra a administração pública e ações cíveis relativas a atos de improbidade administrativa, que envolvam altas autoridades públicas. Ao TSPA e aos seus membros seria aplicada a disciplina constitucional própria dos Tribunais Superiores, como, por exemplo, garantias, prerrogativas, inclusive de foro, subsídios e disciplina recursal, além do que o Procurador-Geral da República estaria autorizado a designar um ou mais membros do Ministério Público da União para cuidar dos inquéritos e ações que tramitariam perante o TSPA.

Apesar de a proposta ser aparentemente louvável, ao se estabelecer uma limitação do número de autoridades incumbidas de processar e julgar, certamente em muito estariam facilitadas quaisquer tentativas de intervenção política, aproveitando-se de uma brecha no sistema jurídico nacional, que assegura a nomeação de membros de Tribunais e da chefia do Ministério Público

diretamente pelo chefe do Executivo.

3 POR UMA POSTURA MAIS EFETIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Por tudo isso, torna-se imperiosa uma atitude mais incisiva dos membros da instituição na busca dos resultados dos processos já iniciados e que tem por objeto atos de improbidade administrativa. Segundo o jornal “O Globo”¹,

[...] embora não haja estatísticas oficiais, um cruzamento de dados inédito revela que menos de 7% das autoridades processadas por improbidade administrativa foram condenadas – quase sempre políticos de pouca expressão. Desde 1992, foram movidas cerca de 14 mil ações desse tipo em todo o país, a grande maioria ainda sem decisão final. O resultado foi a condenação de pelo menos 1.035 agentes públicos, hoje com seus direitos políticos suspensos.

É inegável que o Ministério Público até apresenta bons resultados nas investigações e no ajuizamento de ações por ato de improbidade administrativa, mesmo com pouca ou nenhuma estrutura administrativa para tanto. Por outro lado, praticamente não acompanha as respectivas tramitações, parecendo haver uma transferência total de responsabilidade para o Judiciário no tocante ao impulso oficial e à conclusão dos feitos, em total prejuízo do efeito que se espera do processo.

O reconhecimento de que essa não tem sido uma preocupação do Ministério Público é fundamental, principalmente na preservação do patrimônio público. Os membros da instituição se esquecem de que o importante é o efeito prático, ou seja, a procedência do pedido formulado na petição inicial, por sentença transitada em julgado, com todas as consequências práticas que daí decorrem. De que adiantará todo o trabalho desenvolvido, no mais das vezes às custas de muito suor e lágrimas, se o resultado final vier apenas depois de mais de uma década?

De outra banda, a simples propositura de uma ação por ato de improbidade administrativa em face de ocupantes de cargos públicos de destaque e influência, com perspectiva de uma distante ou improvável condenação, apenas desperta a ira do demandado diante da repercussão na mídia, fazendo com que o mesmo volte suas armas contra o Ministério Público, criando enormes embaraços às administrações superiores da instituição.

Muitos dos ataques atualmente desferidos contra o Ministério Público, em particular por detentores ou mandatários do poder, bem como aos preceitos da Lei nº 8.429/92, têm essa razão de ser: notícia publicada em setembro de 2008 na mídia dá conta de o ex-prefeito de Sorocaba – Deputado Federal Renato Fauvel Amary (PSDB-SP) – foi condenado em uma ação ajuizada pelo Ministério Público por ato de improbidade administrativa, em razão de atos ilícitos envolvendo a manutenção do Parque Zoológico Municipal “Quinzinho de Barros”.

Paralelamente, o mesmo Deputado Federal Renato

¹ Jornal “O Globo”, edição do dia 16.6.2007, p. 3.

Fauvel Amary apresentou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.977/2008, cujo texto fixa prazo de cinco anos para prescrição da pretensão punitiva, contados a partir do ajuizamento da ação por ato de improbidade administrativa.

Se tal projeto for aprovado e promulgado, restaria criada a nefasta figura da “prescrição intercorrente” nas ações por ato de improbidade administrativa e, diante da reconhecida demora na tramitação dos processos judiciais, estaria criado um cenário perfeito para a total impunidade nesses casos.

4 CONCLUSÃO

Por tudo isso, se a pretensão é seguir na marcha de evolução do Ministério Público, é fundamental um verdadeiro conhecimento por seus membros da complexidade e relevância de suas nobilíssimas atribuições, devendo todos se conscientizarem de que se faz necessária uma mudança de postura para que melhores resultados possam ser alcançados.

Para as administrações superiores da instituição, impõe-se uma reorganização das diferenciadas atribuições dos Promotores e Procuradores de Justiça, dando-se atenção especial aos órgãos de iniciativa para dotá-los do instrumental necessário para o exercício profícuo de sua missão constitucional.

2 ENTREVISTA

2.1 Vanessa Fusco Noqueira Simões

Nossa entrevistada desta edição é a Promotora de Justiça Vanessa Fusco, Coordenadora da Promotoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos do Ministério Público de Minas Gerais.

Vanessa Fusco conversou com o Diretor do Ceaf, Gregório Assagra de Almeida, sobre o seu ingresso no Ministério Público mineiro, sua carreira na Instituição e, principalmente, sobre o respeitado trabalho que tem desempenhado nessa Promotoria Estadual Especializada, paradigma até mesmo para outros Ministérios Públicos no País.

Além disso, contou sobre a sua participação em importantes eventos internacionais sobre o combate aos crimes cibernéticos, inclusive proferindo palestra no Conselho da Europa, em Estrasburgo, França.

MPMG JUR: Há quanto tempo a senhora ingressou no Ministério Público mineiro e quais têm sido as suas principais experiências na instituição?

Vanessa Fusco: Eu ingressei no Ministério Público no XXIV Concurso, em agosto de 1989, segundo concurso realizado após a promulgação da nova Constituição Federal. Neste ano, completo 20 anos de instituição. Estive no interior boa parte de minha carreira, nas Comarcas de Serro e Diamantina. Em 2001, fui promovida por merecimento para a Capital.

No interior, as minhas atribuições eram muito amplas e tive a oportunidade de trabalhar em todas as áreas de atuação do Ministério Público. Na capital, fui Promotora da Infância e Juventude, na Auditoria Militar, fui Subcoordenadora da COPLI, do CAOCrim, atuei no CAOETe, agora, estou na Coordenação da Promotoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos.

M P M G JUR: Em quais áreas a senhora especificamente já atuou como

Promotora de Justiça?

Vanessa Fusco: Com mais ênfase, na área de infância e juventude, na auditoria militar e na defesa da ordem econômica e tributária. Atualmente, o desafio é o combate aos crimes cibernéticos.

MPMG JUR: Em 16 de junho de 2008 foi criada a Promotoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, cuja coordenadora é Vossa Excelência. Como surgiu a idéia da criação desse órgão especializado?

Vanessa Fusco: A idéia partiu do Dr. Joaquim Miranda Junior, Coordenador do CAOCrim. Ele já tinha um projeto para a instalação da Promotoria, que contava com o apoio do ex-Procurador-Geral Dr. Jarbas Soares Junior. Quando fui para o CAOCrim, logo ele me fez o convite e eu aceitei o desafio. Acho que a decisão foi acertada, tendo em vista a demanda crescente que estamos observando.

MPMG JUR: Quais as principais atribuições desta Promotoria Estadual?

Vanessa Fusco: A Promotoria atua em dois eixos básicos: na prevenção e na repressão aos crimes cibernéticos. Apoiamos o colega do interior do Estado quando se depara com a prática de um crime virtual, mediante o fornecimento de peças processuais, auxílio técnico. Também estamos apostando fortemente na capacitação dos membros e servidores para o enfrentamento aos crimes cibernéticos, principalmente os crimes em que crianças e adolescentes são vítimas.

MPMG JUR: Quais os grandes desafios que essa Promotoria deverá enfrentar nos próximos anos?

Vanessa Fusco: O crescimento dos crimes praticados na rede mundial de computadores tem preocupado todos os operadores do sistema de justiça criminal. As fraudes eletrônicas movimentam mais dinheiro hoje do que o tráfico de drogas. Existem mundos paralelos sendo criados, onde as pessoas criam personagens e

O crescimento dos crimes praticados na rede mundial de computadores tem preocupado todos os operadores do sistema de justiça criminal. As fraudes eletrônicas movimentam mais dinheiro hoje do que o tráfico de drogas.

nesses mundos fazem o que bem entendem, inclusive praticam crimes. O Ministério Público não podia mais ficar alheio a esta realidade. Por isso o acerto na criação da Promotoria Estadual.

MPMG JUR: O ordenamento jurídico pátrio atual é adequado para o combate aos crimes cibernéticos? E em relação à legislação nos demais países da América Latina?

Vanessa Fusco: O ordenamento jurídico brasileiro somente pune os crimes em que o computador é o instrumento. Ou seja, são os velhos crimes praticados no ambiente novo. Todavia, ainda nesses “velhos” tipos penais, há necessidade de ajustes. Como exemplo, citamos a ausência de previsão de fato típico para violação de correspondência via *e-mail*, impensável no mundo atual, em que as cartas foram praticamente abolidas. Por outro lado, as condutas em que o computador ou o sistema são o alvo não são condutas típicas no Brasil. Como exemplos citamos a inserção de código malicioso (vírus, spyware), o ataque de DOS, ou ataque aos sistemas. Não existe, por exemplo, conceituação de dado eletrônico para fins de constituir elemento normativo do tipo. Há um Substitutivo do Senador Eduardo Azeredo em tramitação na Câmara Federal que trata justamente dessa matéria, mas tem sofrido muitas resistências na sua aprovação.

MPMG JUR: Qual o perfil desse novo operador do

direito vocacionado ao combate dos crimes cibernéticos?

Vanessa Fusco: O operador do Direito para atuar no enfrentamento aos crimes cibernéticos necessariamente terá que agregar aos conhecimentos jurídicos, conhecimentos de informática e aperfeiçoar-se em Direito Internacional, uma vez que a internet, sabemos, não conhece fronteiras. Também, como consequência, é indispensável a fluência em outros idiomas.

MPMG JUR: A jurisprudência do STF e STJ ainda é muito apegada aos ditames do CP e do CPP, tanto em relação à tipificação dos delitos quanto à definição de competência processual. Qual a sua opinião acerca dessa orientação?

Vanessa Fusco: Em se tratando do ambiente virtual, a jurisprudência ainda engatinha. Isto como consequência do volume ainda pequeno de demandas que chegam ao Judiciário, justamente pelo desconhecimento dos operadores do sistema de justiça com relação à matéria. Proporcionalmente às denúncias, ainda são poucas as investigações que conseguem a identificação da autoria dos crimes. Creio que o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores estão demonstrando que estão atentos às transformações trazidas pela *internet*, principalmente quando se rendem ao processo eletrônico, por exemplo. Portanto, tenho a impressão de que este panorama tende a mudar, para uma apreciação mais



contemporânea das demandas, principalmente daquelas que tratam de crimes cibernéticos porque o processo eletrônico vai trazer também, de carona, o aumento da prática de crimes virtuais na tentativa de burlá-lo.

MPMG JUR: Basicamente, quais os principais tratados internacionais sobre a matéria relativa aos crimes cibernéticos e quais deles o Brasil já expressamente ratificou?

Vanessa Fusco: O principal instrumento internacional é a Convenção de Budapeste. No seu preâmbulo, informa que seu objetivo é o de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional. Ela foi firmada em Budapeste, em 23 de novembro de 2001, e ratificada por vários países da Europa, México e Estados Unidos também já aderiram. A adesão do

Brasil está sendo atualmente discutida por uma comissão, no âmbito do Ministério das Relações Exteriores, sob a presidência da Ministra-Conselheira Virginia Tomiati. Aguardamos com ansiedade as conclusões da referida comissão, porque a ratificação de instrumento tão importante pelo Brasil, ainda que com reservas, poderá facilitar os mecanismos de cooperação internacional no combate aos cibercrimes.

MPMG JUR: A senhora idealizou um trabalho fantástico consistente na elaboração e divulgação de um projeto chamado *Internet Segura*. Conte-nos um pouco sobre ele e seu alcance.

Vanessa Fusco: O Projeto Internet Segura tem como objetivo implementar as ações da Promotoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos a partir de dois eixos: a prevenção e a capacitação para repressão. Temos atualmente dois parceiros de peso, que são a Microsoft e o *International Centre for missing &*

exploited children (ICMEC). Vamos inicialmente trabalhar nas Escolas, oferecendo capacitação aos professores para orientarem os alunos a se prevenirem para não se tornarem vítimas de crimes na rede e ainda, caso isso ocorra, de como denunciá-esses crimes. Com relação aos membros do Ministério Público, Judiciário e Polícias, estão sendo planejados diversos treinamentos especializados, tais como o ocorrido nos últimos dias de abril, aqui na sede da Procuradoria-Geral de Justiça.

MPMG JUR: Como uma das vertentes do projeto *Internet Segura*, a Promotoria Estadual de Combate aos crimes cibernéticos também elaborou cartilha, contendo informações aos pais e educadores sobre como orientar os filhos e alunos a utilizarem a rede mundial de computadores de forma responsável. Como se deu essa iniciativa?

Vanessa Fusco: A cartilha lançada no dia mundial da internet segura – dia 10 de fevereiro – teve como base a experiência da Promotoria Estadual desde a sua criação.

Este é o seu principal diferencial daquelas já disponíveis na própria internet: foi elaborada baseando-se em casos práticos. Está disponível para download no site www.mpg.gov.br/crimedigital.

MPMG JUR: Além da tutela penal, quais os principais instrumentos de atuação estão disponíveis ao Ministério Público para o combate especializado no combate aos crimes cibernéticos?

Vanessa Fusco: O Ministério Público também deve tutelar os direitos difusos. Não é diferente no ambiente virtual. Defendemos uma atuação no combate das condutas danosas à coletividade levadas a efeito, por exemplo, por um provedor de conteúdo. Assim, entendemos ser perfeitamente possível o manejo de ação civil pública nesses casos, o que já vem sendo feito.

MPMG JUR: O resultado do seu trabalho tem repercutido no País e no exterior. Como sabemos, a senhora integrou a Delegação

O operador do Direito para atuar no enfrentamento aos crimes cibernéticos necessariamente terá que agregar aos conhecimentos jurídicos, conhecimentos de informática e aperfeiçoar-se em Direito Internacional, uma vez que a internet, sabemos, não conhece fronteiras.

Brasileira no *Taller en Delictos Cibernéticos*, em Bogotá, em setembro de 2008, o qual discutiu o estágio da legislação na América Latina, Central e Caribe. Fale-nos sobre sua participação no evento.

Vanessa Fusco: A convite do Departamento de Justiça Americano, estive em Bogotá, Colômbia, em setembro de 2008, em um seminário que reuniu representantes de 18 países da América Latina, Central e Caribe. Compunham a delegação brasileira membros do Ministério Público Estadual e Federal, do Congresso Nacional, da Polícia Federal e do Itamaraty. Tratamos dos avanços de nossa legislação no enfrentamento dos crimes cibernéticos e com a edição da Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008, posso dizer que o Brasil passou a ocupar lugar de destaque com relação aos avanços legislativos.

MPMG JUR: A senhora também brilhou o Ministério Público de Minas Gerais ao proferir palestra na Sede do Conselho da Europa, em Estrasburgo, na França, sobre o tema relativo a crimes praticados contra crianças no âmbito da internet. Como foi essa experiência?

Vanessa Fusco: A convite do Conselho da Europa, estive no evento que se realiza anualmente em Estrasburgo, denominado *Cooperation against Cybercrimes*. Naquele evento, tive a oportunidade de mostrar no *workshop* relativo à pornografia infantil, a experiência do Ministério Público de Minas Gerais no combate a esses crimes. Como

o evento reuniu mais de 300 representantes de vários países do mundo, foi muito importante a presença de nosso país, demonstrando que também tem no Ministério Público mineiro um parceiro nos desafios da criminalidade cibernética. A apresentação – sem o material reservado – está disponível no site www.coe.int/cybercrime.

MPMG JUR: Por fim, qual a mensagem que a senhora deixa ao Ministério Público?



Vanessa Fusco: Gostaria de aproveitar este momento e chamar a atenção dos leitores para a importância da rede mundial de computadores na vida moderna. Por mais que alguns ainda relutem, temos que nos render à *internet*: bancos, sistemas do governo, comércio eletrônico, correspondência – tudo o que nos cerca se relaciona de algum modo à rede. Para aqueles que ainda não se familiarizaram com a informática, é importante que quebrem o gelo o quanto antes: nossos filhos já nos superaram neste quesito e os perigos estão a um *click*. Não há mais retorno. Precisamos nos render e conhecer por onde andam nossos filhos também no mundo virtual. Acho que já é um bom começo.



3. INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 Crise econômica e direitos fundamentais: reflexões a partir de Marx e Luhmann

Gustavo Henrique de Almeida
Advogado

Professor de Direito Empresarial
Pós-graduado em Direito Privado
pela Universidade Cândido Mendes
Pós-graduado em Direito Empresarial
pela Universidade Gama Filho
Pós-graduado em Didática do Ensino Superior
pela Universidade Gama Filho
Mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna

A história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes¹, assim, Karl Marx e Friederich Engels, definiram o curso histórico da sociedade até 1848, quando veio a público o Manifesto do Partido Comunista.

A oposição entre a tese e a antítese², que sob a luz da teoria Luhmanianna denomina-se código binário, em Marx e Engels se resumiu à histórica luta de classes entre opressores e oprimidos³.

Marx e Engels desconstruíram os paradigmas epistemológicos do historicismo vigente à época propugnando pela análise da história a partir do materialismo dialético⁴, sustentados pela doutrina de Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

O estado de crise da sociedade na qual Marx viveu, em pleno século XIX, o fez aprofundar no estudo da história da humanidade, o que lhe permitiu encontrar uma marcante oposição entre classes.

Diante da reformulação do historicismo a partir do materialismo dialético, o estudioso sustentou a crise⁵

do sistema capitalista, fundado na economia de mercado e na propriedade privada, evidenciando a contradição econômica entre o ter e o não-ter.

Segundo o filósofo, o capitalismo possui contradições⁶ inexoráveis cada vez mais gravosas que, ao fim, levariam à superação do aludido sistema pelo comunismo.

As críticas ao pensamento de Marx não são raras, especialmente após a queda da União Soviética, que pretendeu adotar, na prática, a sua teoria comunista⁷.

Em que pesem as oposições às teorias marxistas, outros pensadores propugnaram a crise do capitalismo, dentre eles o inglês John Maynard Keynes⁸, que sustentou, também, contradições internas àquele sistema, muito parecidas com as de Marx, de sorte que ambos defendiam que as crises correspondem ao reflexo da insuficiência do poder de compra por parte da população.

Estivessem certos ou não, as crises econômicas experimentadas após a exposição do pensamento dos citados filósofos fizeram com que as teorias por eles elaboradas fossem visitadas de forma recorrente.⁹

Em que pese a *hipercomplexidade*¹⁰ da sociedade do século XXI, cujo sistema econômico apresenta-se igualmente complexo, as crises econômicas revelam a necessidade de repensarmos as proposições disseminadas por Marx¹¹ no século XIX, não no que toca ao comunismo ou à ausência da propriedade privada, mas sim no que se refere às bases do materialismo histórico e dialético¹².

A concentração de riquezas nas mãos de poucos, que ocorre em algumas economias que adotam o sistema capitalista, demonstra sua incapacidade de manter o equilíbrio necessário para garantir o mínimo existencial a todos os que estão inseridos no mercado.

Em tempo de crise, mas, especialmente em circunstâncias normais no cenário econômico do sistema capitalista, a grande preocupação consiste em garantir



¹ Engels, Friedrich, Marx, Karl Heinrich. *O Manifesto Comunista*. 1848. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/manifestocomunista.html> Acesso em: 15 dez. 2008.

² Vallespin, Fernando. *Introducción*. In: LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Tradução Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 14-15.

³ Engels, Friedrich, Marx, Karl Heinrich. Op. Cit.

⁴ Marx, Karl Heinrich. *Para a Crítica da Economia Política*: salário, preço e lucro, o rendimento e suas fontes, a economia vulgar. São Paulo: Editora Abril, 1982, p. 4.

⁵ Engels, Friedrich, Marx, Karl Heinrich. Op. Cit.

⁶ Engels, Friedrich, Marx, Karl Heinrich. Ibid.

⁷ Mises, Ludwig Von. *Economic Calculation in the Socialist Commonwealth*. Disponível em: <http://mises.org/pdf/econcalc.pdf> Acesso em: 16 dez. 2008, p. 32.

⁸ Prebisch, Raúl. Keynes. *Uma introdução*. Tradução de Otacílio Fernando Nunes Jr. São Paulo: Brasiliense, 1991. p. 25.

⁹ Grespan, Jorge. Karl Mark. *Publifolha*, São Paulo, 2008, p. 13.

¹⁰ Fagundes, Paulo Roney Ávila. *O Direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: Ltr, 2003, p. 98.

¹¹ Coelho, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3. ed. Curitiba: Del Rey, 2003, p. 103.

¹² Marx, Karl Heinrich. Ibid. p. 4.



direitos básicos a todos, o que se revela tarefa árdua.

A economia de mercado, fundamento do aludido sistema capitalista, não garante à população acesso ao mínimo para sua subsistência com dignidade.

Mesmo com evolução da economia, não fomos capazes de prever, ou os Estados não foram capazes de assegurar que todos, independentemente da condição econômica individual, vivessem dignamente.

Não se pode atribuir à escassez¹³ a miséria, a pobreza, e outras mazelas materiais experimentadas pela sociedade pós-industrial. Com efeito, a concentração de riquezas¹⁴ se apresenta como a ferida mais aguda do capitalismo, cujas demais cóleras dela decorre.

Não obstante à escassez dos recursos naturais, o capitalismo é dotado de meios para produzir o suficiente para atender à demanda pelos diversos bens de primeira ordem. Entretanto, a produção se dá em virtude da demanda do mercado¹⁵, que considera apenas aqueles que possuem renda para o consumo. O grande desafio desse sistema é possibilitar aos indivíduos excluídos, que não possuem condições materiais, acesso aos bens necessários à sobrevivência digna.

O diálogo entre o sistema econômico, o sistema político e o sistema jurídico, afigura-se como uma possibilidade de diagnosticar as falhas que levam ao desequilíbrio e impedem os indivíduos de ter acesso ao mínimo existencial.

Niklas Luhmann apresentou à ciência sua forma de compreender a sociedade denominando-a de teoria dos sistemas¹⁶, apoiando-se nos estudos biológicos de Humberto Maturana e Francisco Varela, reduzindo a complexidade da compreensão social.¹⁷

Luhmann concebe a sociedade como um conjunto de sistemas vivos observada através da distinção entre sistemas e meio¹⁸. Seu pensamento apresenta-se como teoria de sistemas auto-poiéticos e auto-referenciais¹⁹.

Sob a ótica do sociólogo, os sistemas sociais são

fechados²⁰ organizacionalmente, de forma que são capazes de se automodificarem, além de se auto-observarem e se auto-referirem.

Por outro lado, os sistemas são abertos²¹ cognitivamente, de sorte que a comunicação entre eles não só é possível, mas necessária.

Nessa perspectiva, o sistema jurídico, o político e o econômico devem se comunicar, sem que isso signifique dizer que entre eles haja sobreposição ou controle.

O que se torna imprescindível é a comunicação para se formar um acoplamento estrutural²², em que o sistema jurídico venha a influenciar o sistema econômico e político, culminando na garantia dos direitos fundamentais aos indivíduos que compõem a sociedade.

Todos os esforços devem se dirigir, primordialmente, na erradicação das mazelas sociais que assolam a humanidade. Entretanto, a lógica sistêmica da economia baseia-se no binário ter não-ter²³. Tal codificação, à luz de Marx, representa a relação dialética dos opressores e dos oprimidos, em outras palavras, entre aqueles que têm e aqueles que não têm.

A hipercomplexidade da sociedade pós-industrial não permite sustentar as proposições de Marx no que se reporta à classe burguesa em contraponto à classe proletária.

Com efeito, nos dias atuais, a dialética social estabelecida pela economia de mercado configura-se no binário incluídos/excluídos,²⁴ à medida que tenham ou não tenham.

A exclusão social, provocada pela concentração de riquezas, consiste em objeto recorrente de apontamentos estatísticos de organismos internacionais. Relatórios apresentados pela ONU demonstram que 85% da produção e do consumo mundial estão localizados nos países desenvolvidos que, em contrapartida, concentram apenas 19% da população global.²⁵

Alguns Relatórios do Desenvolvimento Humano²⁶ demonstraram que a riqueza conjunta das duzentas pessoas mais ricas do mundo atingiu 1 trilhão de dólares em 1999; a renda conjunta dos quinhentos e oitenta e dois milhões de pessoas que vivem nos 43 países menos desenvolvidos é de 146 bilhões de dólares, e que, em 1998, os 48 países menos desenvolvidos atraíram menos de 3 bilhões de dólares de investimento direto estrangeiro, apenas 0,4% do total mundial.²⁷

¹³ Galdino, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos do Direito: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: 2005, Lumen Júris. p. 155.

¹⁴ ONU. Relatório do Desenvolvimento Humano. Lisboa: Trinova Editora. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/hdr2000/docs/RDH6por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2008, p. 2.

¹⁵ SZTAJN, Rachel. Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 105.

¹⁶ Luhmann, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997, cap.1, p. X; Cap. 4, p. XII.

¹⁷ Mathis, Armin. *A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Disponível em: http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf. Acesso em: 12e dez. 2008, p. 4

¹⁸ Lima, Fernando Rister Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. 2008. v. 4. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/172/119>. Acesso em: 13 dez. 2008, p. 3.

¹⁹ Ibid. p. 4.

²⁰ Ibid. p. 4.

²¹ Ibid. p. 5.

²² Ibid. p. 1.

²³ Ibid. p. 6.

²⁴ Ibid. p. 6.

²⁵ Vitor, C. A questão ambiental deve estar no centro de tudo. Revista Ecologia e Desenvolvimento, Rio de Janeiro: Terceiro Milênio, 2002, p. 100.

²⁶ ONU. Relatório do Desenvolvimento Humano. Ibid. p. 1.

²⁷ ONU. Relatório do Desenvolvimento Humano. Ibid. p. 1.



Estima-se que sejam investidos anualmente 435 bilhões de dólares em publicidade no mundo, enquanto seriam suficientes apenas 15 bilhões de dólares para erradicar a fome, que mata 10 milhões de crianças por ano.²⁸

Nos EUA concentram-se 5% da população mundial, que consomem 40% dos recursos naturais disponíveis. Proporcionalmente, se os 6 bilhões de pessoas que habitam o globo mantivessem o mesmo padrão de vida dos 270 milhões de americanos, seriam necessários 6 planetas.²⁹

Esses dados refletem, além dos traços de uma sociedade contingente³⁰, a impotência do sistema econômico, político e jurídico, atualmente estabelecidos, que ignoram³¹ o estado crônico de crise no qual a humanidade se imerge.

Qualquer acoplamento estrutural resultante da comunicação entre esses sistemas não pode se dar sem conceber aspectos relativos à dignidade da pessoa humana, resguardando-lhe os direitos fundamentais.

Entretanto, tal premissa não é a preocupação das instituições governamentais nas medidas que adotam como solução em momentos de crise, especialmente a econômica.

Todos os olhares são para o mercado, de sorte que prevalece a crença vã de que a sua salvação significa a salvação da humanidade, com o que não se pode concordar.

²⁸ Staricco, Beatriz Bissio. As soluções não se situam mais dentro da economia. *Revista Ecologia e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Terceiro Milênio, 2000, p. 76.

²⁹ Moon, Peter. *O futuro é um inferno*. Disponível em: <http://www.istoedigital.com.br> Acesso em: 4 mai. 2002.

³⁰ Lima, Fernando Rister Sousa. *Ibid.* p. 5.

³¹ Corsi, Giancarlo. *Sociologia da Constituição*. Tradução Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 39. Belo Horizonte: UFMG, jan./jun. 2001, p. 1.

Enquanto todas as medidas estatais são direcionadas ao salvamento da indústria, que esgotam os recursos naturais; das instituições financeiras, que beneficia poucos à custa da exploração de muitos, a população mundial resta excluída do acesso ao mínimo existencial, cujo comprometimento dos órgãos governamentais para sua oferta aos cidadãos não demandaria todos os recursos destinados à solução de crises econômicas como as ocorridas em 1929, 2002 e 2008.

Com efeito, a crise do sistema econômico demonstra apenas as contradições internas do próprio capitalismo, modelo econômico que não apresenta respostas efetivas para se atingir equilíbrio³² econômico e desenvolvimento.

Nesse sentido, a real crise, mais vasta, crônica e de difícil solução, está na inter-relação sistêmica entre o direito, a economia e a política, pois, enquanto os direitos e garantias fundamentais não forem acoplados em cada sistema, e estes não assimilarem a prioridade da dignidade da pessoa humana, a política continuará a se preocupar com os interesses da situação, a economia manterá a minoria dos indivíduos com a maioria das riquezas e o direito permanecerá como instrumental de controle³³ dos excluídos pela classe dominante dos incluídos.³⁴

Entanto, os excluídos, que figuram à margem dos sistemas, embora deles façam parte, devem se agitar, especialmente no âmbito político, de forma a irritar o meio para a promoção de mudanças, o que só é possível com a o fim do estado de alienação dos indivíduos,³⁵ produto do capitalismo consumista e da sociedade de massa.

³² Gorender, Jacob. *Introdução à obra Para a Crítica da Economia Política de Karl Marx*. São Paulo: Editora Abril, 1982, p. 7.

³³ Corsi, Giancarlo. *Ibid.* p. 5.

³⁴ Coelho, Luiz Fernando. *Ibid.* p. 573.

³⁵ Coelho, Luiz Fernando. *Ibid.* p. 108.

3.1.2 Previdência e Seguridade Social – o Desafio do Estado Contemporâneo

Alcione de Freitas e Silva

Servidora do Ministério Público de Minas Gerais

Mestre em Direito do Trabalho pela Puc-Minas

Professora Universitária

Este encontro se destina a fazer uma viagem sobre a Previdência social na Constituição da República, promulgada em 1988. Atentar a alguns aspectos positivos e negativos que transitam na esfera social-securitária e que resultaram em um marco do garantismo social brasileiro é o objetivo aqui e agora.

Também almeja enfocar alguns mitos existentes no

entorno deste tema, sobretudo no que concerne à situação financeira da previdência social.

Assim, é da maior relevância que focalizemos nossa atenção em alguns pontos históricos que convergem para o atual panorama da seguridade social brasileira.

DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA SECURITÁRIA

As investigações realizadas pela ciência do direito nos revelam que as normas não existiam na antiguidade. Tinham o intuito de auxílio contra as contingências geradoras das necessidades sociais, entretanto, consistiam em regramentos esparsos.

Essa tônica se prolonga no tempo e transforma-se quando há uma substancial modificação do contexto político-social e econômico no mundo. A proteção social



Estatal decorreu de um agravamento irreversível e brutal das ocorrências incapacitantes no mundo laboral. A situação de miséria e suplício vivida pelos trabalhadores e seus dependentes era de tal gravidade que comoveu a Igreja Católica até então omissa à inoperância do Estado diante da fome do capitalismo emergente.

A participação da Igreja propalando a doutrina cristã foi de fundamental importância na luta pela participação obrigatória de parcela da sociedade no amparo social aos trabalhadores vítimas de infortúnios, numa época em que Igreja e Estado dividiam os poderes e os interesses estatais.

Essa intervenção do Estado se deu, pela primeira vez, com a criação da Lei dos pobres, de 1601. O panorama em que fora instituída era de uma desastrosa carestia que levou milhares de famílias à morte pela extrema pobreza. A *POOR LAW* obrigava aqueles que tivessem condições de contribuir, ao pagamento de uma quota participativa para compor o fundo destinado ao desempregado e sem instrução profissional, ao amparo das crianças pobres e auxílio aos velhos e incapazes.

As Encíclicas *RERUM NOVARUM* do Papa Leão XIII (1891) *QUADRAGESIMO ANNO* do Papa Pio XI (1931) surgiram como manifestações da Igreja cobrando do Estado atitudes efetivas quanto à cobertura dos infortúnios dos quais eram vítimas os trabalhadores de então.

O amparo social, antes restrito a categorias profissionais, se universaliza com a mudança de paradigma do Estado, quando este passa a verificar que o desenvolvimento econômico é fator que se liga intrinsecamente ao bem-estar social. Ao mesmo tempo, deu-se o reconhecimento de que as desigualdades não poderiam aniquilar toda a parcela carente da população sob pena de esfacelamento total e irreversível da sociedade.

Foi o início de um processo de redimensionamento e reformulação das políticas estatais. O Estado deixa de lado uma filosofia econômico-política liberal e se ocupa dos setores sociais como meta da ação estatal. Assim, a responsabilidade do Estado foi se avolumando e estendendo-se a todas as parcelas da população.



O centro dessa modificação sistemática foi a adoção do Welfare State, política social norte-americana que consagra atuações político-estatais de proteção, elencando e garantindo direitos mínimos fundamentais à sobrevivência de todos os cidadãos, visando como resultado ao alcance do bem-estar como fundamento da organização do Estado.

No Brasil, a Constituição Federal Brasileira completa 20 anos. São duas décadas de existência da Lei Maior, demonstrando o retrato de um

inquestionável avanço sociopolítico.

Sem qualquer dúvida, a nossa Carta representou um admirável avanço em todos os setores da sociedade, constitucionalizando seus mais caros direitos, e, desta forma, imputando ao Estado deveres, obrigações ou responsabilidades objetivas de que dantes se encontravam desguarnecidos.

Os fundamentos da República estão contidos no preâmbulo da Carta Maior, onde se verifica que há duas décadas, o Estado Democrático que naquele momento nascia se destinava a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança e o bem-estar, bem como a igualdade e a justiça como valores a serem respeitados por uma sociedade que conquistava o mais proeminente lugar na vida do Estado.

A dignidade da pessoa humana adquire singular importância no novo Texto, não apenas como uma meta a ser alcançada, mas como um pressuposto de legitimidade do Estado e seu direcionamento de atuação. A norma constitucional relacionada aos preceitos de dignidade, dotada de eficácia plena e imediata, compele os órgãos que compõem o corpo governamental a criar mecanismos capazes de garanti-la **efetivando** todos os pressupostos para seu alcance, isso porque é a dignidade corolário do direito à vida, objeto maior da tutela estatal.

Cumprido ressaltar que a promoção da efetividade do direito à dignidade está presente no corpo da Carta brasileira de 1988 como fundamento da atuação do Estado e destaca, além das garantias ao exercício das liberdades públicas, também o bem-estar do indivíduo dentro do corpo social. Essa sensação de bem-estar está condicionada a uma sequência de variantes que se concretizam através de direitos objetivos e vinculam o Poder Público, limitando suas liberdades e imputando a ele responsabilidades indeclináveis.

Nesse esteio, erigiu-se ao status constitucional o rol de direitos e garantias fundamentais cujo escopo é a tutela à vida, esta concebida numa interpretação plena, ampla. Seguem-se, destarte, para o alcance deste desiderato, os preceitos contidos no artigo 5º do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais e na Ordem Social, cujo fundamento é o primado do trabalho e da justiça social, mas é mister destacar que os princípios de alta relevância possuem eficácia plena e vigência imediata, aliás, como brilhantemente elucidada o iminente Ministro Gilmar Mendes sobre a máxima efetividade da norma constitucional:

[...] veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.

Ao inserir no Texto da Constituição, um capítulo destinado a regulamentar a Seguridade Social (arts 194 a 204), contido nas disposições sobre o título da Ordem Social, o legislador tinha por fim a democratização dos serviços de



saúde, assistência e previdência social como fórmula para se alcançar o maior desiderato do Estado que é a promoção da vida digna.

Nesse contexto, surgiram imposições jurídico-obrigacionais destinadas ao Estado e à sociedade impondo a realização de ações integradas para a implementação de um “[...] sistema protetivo capaz de assegurar os direitos à saúde, à previdência e a assistência social” (Fabio Zambitte Ibrahim). É o sistema denominado seguridade social, cuja maior finalidade foi e é assegurar a melhoria nas condições de vida da sociedade brasileira, mas que amarga, ainda hoje, 20 anos depois, a existência de bolsões de pobreza, milhares de pessoas vivendo na mais completa condição de miserabilidade.

Mas, o que se entende por seguridade social constitucional? É um sistema de normas destinadas a garantir direitos mínimos à vida do cidadão, a inspirar o legislador e nortear a ação dos operadores do aparelho estatal em matéria de saúde, assistência e previdência social. Assim, fica evidenciado que se trata de um tripé formado por estruturas normativas diversas e que se ligam em um ponto comum – a promoção de garantias atinentes à vida e à dignidade humanas, princípios basilares do Estado brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, rompendo com as bases de uma estrutura normativa contida, como na Constituição de 1934, idealizou uma das políticas públicas mais importantes que o país já viu e esta inovação positivou de uma forma inovadora e detalhada, a partir do artigo 194, as garantias mínimas de uma seguridade social eficaz, elencando direitos e deveres tanto para o Estado quanto para o cidadão. JAS define a seguridade social como “[...] instrumento mais eficiente da liberação das necessidades sociais, para garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população [...]”.

Entretanto, a seguridade social apresenta problemas profundos em sua estrutura, o que impede, mediata ou imediatamente, que seus destinatários possam usufruir dos serviços acatrelatórios de direitos básicos.

A seguridade social tem a regulamentação geral contida nas Leis 8.212 e 8213, ambas de 1991 cujo papel é sistematizar o financiamento e as concessões dos benefícios na forma de Planos de Custeio e Planos de Benefícios Previdenciários. Para tanto, a seguridade conta, para sua manutenção, com orçamento próprio, proveniente de recursos definidos no próprio texto constitucional resultado da arrecadação da *cofins, contribuição sobre o lucro líquido, folha de salário e outros rendimentos pagos ou creditados a qualquer título sobre os serviços prestados por autônomos, receita e faturamento, receitas de concursos e prognósticos, importação de bens ou serviços do exterior*.

Houve, inquestionavelmente um avanço da regulamentação orçamentária da seguridade, também houve a ampliação dos benefícios obrigacionais abrangidos por ela. No rol das conquistas ao longo dos 20 anos de regulamentação, merecem destaque: a equiparação entre beneficiários urbanos e rurais; piso unificado de um

salário mínimo para todos os beneficiários e a garantia de atualização anual desses valores; socorro assistencial aos que não podem contribuir, dentre outros.

Realisticamente vimos que a seguridade social oferece ao cidadão condições mínimas de uma vida digna através das seguintes ações:

SAÚDE: implementada através do SUS – Sistema Único de Saúde, que veio a substituir o INAMPS. É um sistema universal e gratuito, destinado à garantia da saúde através de procedimentos profiláticos e de tratamentos médicos.

O SUS é protagonista das mais calorosas e acirradas discussões sociais e políticas. Um sistema espantosamente bem idealizado, aliás, um dos melhores sistemas de saúde pública da América Latina, é uma das maiores conquistas sociais em matéria de política pública. Com a implementação do SUS ocorreu a interiorização da saúde, que outrora era restrita às capitais. Sob a égide das orientações descentralizadoras, o SUS está presente hoje em grande parte dos municípios brasileiros. Outro fator de grande relevo é a realização de políticas profiláticas (preventivas) além das curativas. Não devemos nos esquecer de uma inovação polêmica, mas não menos importante, que é a possibilidade de convivência de serviços públicos e privados de saúde e a universalidade no atendimento e no tratamento.

ASSISTÊNCIA SOCIAL: seu desiderato é a implementação de programas de integração e reintegração do cidadão que se encontra em risco social (miséria). De caráter gratuito, destina-se ao indivíduo carente na sociedade, recuperando-o para uma vida de convivência. A assistência social possui programas assistenciais como o LOAS – Benefício assistencial destinado ao idoso (maior de 65 anos, conforme o Estatuto do Idoso) e para os portadores de deficiência cuja família carente não possui renda suficiente para mantê-los em suas necessidades vitais. Citam-se, ainda, os programas de Assistência à maternidade, Bolsa família, Projovem, Programa de segurança Alimentar e Nutricional e outros.

De caráter não contributivo, não pressupõe pagamento a concessão dos seus benefícios (gratuidade).

PREVIDÊNCIA SOCIAL: é um sistema contributivo, realizado através da manutenção de benefícios destinados ao trabalhador contribuinte e seus dependentes, conforme especificado pela lei. Tem como desiderato assegurar uma vida digna aos trabalhadores impossibilitados temporária ou permanentemente de exercer atividade remunerada.

A Previdência Social tem sido, sem qualquer dúvida, o alvo da atenção de toda a sociedade e também do governo. Ponto nevrálgico do sistema social e centro de profundas controvérsias, a Previdência social foi criada na década de 30 pelo Governo de Getúlio Vargas para atender aos interesses de um país em fase de industrialização crescente e de uma massa de trabalhadores com recente visão de conjunto e autorreconhecimento.

A previdência social tinha por finalidade amparar o



trabalhador e seus dependentes em situações de risco social (morte, acidente incapacitante, doença, velhice).

Ao longo dos anos, esta instituição passou por várias modificações, mas, inegavelmente as mudanças de maior relevo se deram após a CF/88, que reservou os artigos 201 e 202 para disciplinar seus princípios básicos, financiamento e os benefícios que consistiriam em direitos para o trabalhador e seus dependentes e uma obrigação para o Estado.

As inovações constitucionais não se restringiram a consagrar de forma geral o direito a um sistema previdenciário. Toda a sua base de organização vincula-se inarredavelmente com as ações do Poder Público criando um direito subjetivo para os cidadãos partícipes deste sistema.

As Emendas Constitucionais trouxeram modificações substanciais aos dispositivos outorgando competência concorrente aos entes estatais para legislar sobre previdência, proteção e defesa da saúde (art. 24, XII), ampliou a responsabilidade dos entes estatais.

Mas as alterações relevantes ocorreram quando o governo se deparou com a necessidade de preservar uma previdência capaz de assegurar benefícios para os trabalhadores no presente e garanti-los às gerações futuras, e, para tanto, se viu compelido a implementar ajustes fiscais que resultaram em uma ampla reforma da Previdência.

O Congresso Nacional, em 15 de dezembro de 1998, promulgou a Emenda Constitucional nº 20, o marco na reforma previdenciária. Esta norma modifica o sistema de previdência social, estabelecendo nova forma de financiamento, compartilhando a responsabilidade entre a sociedade e o Estado, cria normas de transição com a finalidade de atender aos trabalhadores que já se encontravam no sistema e garantir o preceito constitucional de inalterabilidade do direito adquirido. Tudo isso visando ajustar os cofres previdenciários aos desideratos deste instituto, com o intuito de garantir o equilíbrio atuarial e, conseqüentemente, a continuidade do sistema.

As mais significativas alterações implementadas pela EC nº 20 se concentraram na criação de novos requisitos para o alcance das aposentadorias. A aposentadoria por tempo de serviço se transforma em Aposentadoria por Tempo de Contribuição, obrigando, assim, todos os trabalhadores a verter contribuições para a previdência, sob pena de não alcançarem o merecido descanso na velhice. Modifica a fórmula de cálculo da renda mensal que passa da média dos 36 últimos salários de contribuição para a média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição. Também implementa nas regras transitórias os denominados “pedágios” de 20 e 40% sobre o tempo que faltaria para o trabalhador, que estivesse no sistema em 16/12/98, se aposentar, tendo como referência essa data.

Ainda subtrai do texto a possibilidade de consideração dos tempos fictícios, ou seja, tempo que não houve efetivo recolhimento e, ainda, extingue a aposentadoria proporcional para aqueles que ingressarem no sistema após a data da

publicação da EC, extingue a contagem de tempo fictício, mas garante a contagem de tempo de serviço aos rurais.

Esta EC dá margem à criação do tão propalado e controvertido fator previdenciário, que altera, substancialmente, o direito do trabalhador no que se refere aos rendimentos de aposentadoria, vinculando a sua renda mensal à idade e ao tempo de contribuição para o sistema.

Essas mudanças bruscas e inesperadas resultaram em desalento para o trabalhador que estivera no sistema até então, contribuindo e obviamente sustentando todo o aparato securitário, porque não houve resguardo à expectativa de direito, mas tão-somente ao direito adquirido. Esse fato acabou por gerar diversas incongruências na aplicação da justiça securitária, uma vez que, centenas ou milhares de trabalhadores que estavam, naquele momento às margens da aposentadoria, para garantir a integralidade dos seus rendimentos, se viram obrigados a adicionar ao seu tempo de serviço, inesperadamente, vários meses e até mesmo anos de trabalho.

A despeito de todas essas mudanças, e outras decorrentes de legislação ordinária, a previdência social ainda se vê diante dos holofotes, pois, os problemas relacionados aos benefícios e seus segurados continuam e se avolumam, o que pode ser verificado nas pilhas de processos previdenciários encontrados nos Juizados Especiais Federais e na Justiça Federal.

O governo justifica a incomensurável lista de reclamações populares, ações e cobranças oriundas da sociedade inconformada com a precariedade dos serviços prestados pela instituição, com um único discurso que tem por objetivo explicar todos os problemas previdenciários e quiçá, a maioria dos problemas políticos e econômicos: *a existência de um déficit previdenciário*. Os técnicos do governo e alguns analistas econômicos afirmam existir um rombo nos cofres da previdência ao apresentarem os seus resultados financeiros.

Foi destaque na publicação da Folha *on line* do dia 23/09/2008, o déficit previdenciário apurado no mês de agosto no valor de 4,06 bilhões diante de uma arrecadação de 13,193 bilhões, conforme a notícia. A mesma fonte estima um tal déficit anual de R\$ 24,09 bilhões. Outro argumento é que o ingresso de novos beneficiários no sistema não tem feito parceria com o número de benefícios requeridos, o que causará, inevitavelmente, um desequilíbrio sistemático.

Entretanto, cumpre ressaltar que essa informação é contestada por setores do próprio governo, economistas e analistas da previdência. O próprio presidente afirmou em entrevista veiculada na imprensa em fevereiro de 2007 que a previdência não é deficitária e o Senador Paulo Paim endossa a afirmação quando demonstra em entrevista à Agência Brasil que o problema se situa na má gestão do sistema previdenciário, quando evidencia os índices de desvio ocorridos nos cofres da instituição ao longo dos anos.

Engrossando a corrente que define como falaciosa a afirmação de rombo previdenciário estão os fiscais da



própria previdência. Justificam sua posição argumentando que a fórmula através da qual se apresenta o fluxo de caixa previdenciário imprime a falsa idéia de um custo que, em verdade, não pertence à previdência. Essa corrente aponta problemas estruturais que, se corrigidos, dariam uma outra face à Previdência Social. Como exemplo, cita-se o estrondoso nível de inadimplência por parte, sobretudo das empresas, os desvios ilícitos e os desvios realizados pelo próprio governo. Com o apontamento dessas questões, fica evidenciado que não há interesse político em esclarecer esse dilema.

Mister, ainda, diante desse quadro, evidenciar que muito embora o Sistema Securitário possua problemas graves e profundos, ainda é o principal mecanismo de distribuição de renda no país. Veja que em julho/2008 a previdência possuía em todo o país cerca de 27,7 milhões de benefícios pagos, conforme dados do próprio Ministério da Previdência. Na Assistência Social, no 1º semestre de 2007, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome atendeu cerca de 10 milhões 794 mil famílias nos programas assistenciais de LOAS e outros oferecidos pela Assistência.

Ressalta-se que através da estrutura previdenciária conferida pela CF houve a promoção de maior equilíbrio econômico regional. Esse equilíbrio se dá por meio das transferências. Através dos recursos de transferência previdenciária, as cidades de maior atividade econômica, como São Paulo e Rio de Janeiro, recolhem contribuições previdenciárias em montante superior ao que recebem de benefícios. Por sua vez, diversos municípios pobres do interior arrecadam pouco, mas recebem proporcionalmente altas transferências na forma de aposentadorias e pensões. Desta forma, relevante é a análise da eficiência do sistema previdenciário como instrumento de redução de desigualdades regionais.

Concluimos, portanto, que nos encontramos diante de uma árdua tarefa: consolidar os objetivos previstos e ansiados na nossa adulta Carta Constitucional, dar execução

às fórmulas capazes de garantir efetividade de direitos nela presentes e que são fundamentais para todos os cidadãos. Assim, impõe-se um desafio ainda maior: o de consolidar o caminho para o equilíbrio das contas previdenciárias e securitárias. Está claro que é necessário pensar a longo prazo. A entrada de milhares de novos segurados no sistema aumenta a arrecadação atual, mas representa, no futuro, um número maior de beneficiários. Os que contribuem hoje ajudam a manter os pagamentos dos aposentados e pensionistas atuais com a certeza de que a futura geração de trabalhadores fará o mesmo. Este é o chamado pacto entre as gerações que só será cumprido se o sistema se mantiver sólido. Não podemos nos descuidar da influência da sonegação, da passividade governamental e da falta de fiscalização e gestão eficiente nas contas securitárias.

Não podemos descuidar que o ciclo de crescimento econômico dos últimos anos tem permitido uma elevação sistemática do emprego e, conseqüentemente, na arrecadação. Conclui-se, portanto, que o desenvolvimento econômico garante a manutenção de programas empreendidos pela CF tanto direcionados para o trabalho como para toda a sociedade.

Por outro lado, esse quadro nos coloca diante de questões fundamentais para encontrar meios que garantam a sustentabilidade do sistema. A sociedade precisa enfrentar esse debate agora. Caso contrário, não haverá uma seguridade social decente em um médio prazo para a sociedade brasileira. Precisamos pensar a longo prazo para preservar os direitos atuais.

Outro desafio que perseguimos com afinco é a melhor transparência das contas. A sociedade tem direito a dados precisos sobre este sistema. Durante décadas, os números foram usados por pretensos especialistas de forma maliciosa. A análise criteriosa dos dados joga por terra todos os mitos de que um suposto rombo nas contas previdenciárias impedia o crescimento econômico do Brasil.

3.1.3 A Dinâmica do Novo Relatório Mensal

Márcio Heli de Andrade

Corregedor-Geral do Ministério Público de Minas Gerais

Com a edição do Aviso n.º 18/2008, de 29.12.2008, publicado no Órgão Oficial de 07.01.2009, a Corregedoria-Geral do Ministério Público modificou o relatório mensal de atividades funcionais, buscando adaptá-lo à Resolução CNMP n.º 33/2008.

A colheita de dados estatísticos sempre foi uma preocupação para o Ministério Público. Precipuamente, é o instrumento para a elaboração da prestação de contas

anual devida à sociedade, que constitui dever funcional dos membros do *Parquet*, a teor do artigo 110, inciso XXIX, da Lei Complementar Estadual n.º 34/94. Porém, vem sendo utilizada com vários escopos, podendo-se destacar a instalação e o provimento de Promotorias de Justiça, a cooperação entre Promotorias de Justiça, a redistribuição de atribuições funcionais, a avaliação do conceito meritório e a alocação de bens e servidores, entre outros.

Tal mister é essencialmente compreendido como um ônus funcional. O tempo despendido para o preenchimento do relatório mensal deveria e poderia ser utilizado para as demandas institucionais. Importa mais fazer o trabalho do que demonstrar que ele está sendo feito – é o que se tem propalado.



Todavia, o Conselho Nacional do Ministério Público, desde 2006, tem procurado modificar tal visão. Com o advento das Resoluções nº 12/2006 e nº 25/2007, especialmente com a criação, naquele Órgão, do Núcleo de Ações Estratégicas (NAE), procurou-se disciplinar, em âmbito nacional, a importância dos dados estatísticos, mormente no que se refere aos resultados alcançados na atividade funcional e à questão orçamentária, para elaboração do relatório anual de que trata o art. 128 do Regimento Interno do CNMP.

Em reunião realizada em Brasília, em 11 e 12 de novembro de 2008, que contou com a participação de representantes da maioria das Corregedorias, os Conselheiros integrantes do CNMP demonstraram a impossibilidade de elaboração precisa do relatório anual nacional em virtude da deficiência dos dados apresentados pelos Ministérios Públicos.

Com isso, o Conselho Nacional perde um importante instrumento argumentativo para a prevalência das atribuições institucionais, que, em última análise, importa na própria sobrevivência do Ministério Público. A partir do momento em que não se pode responder a simples questões (quantas pessoas foram denunciadas por crime de homicídio no Brasil em 2008, quantas ações civis públicas tiveram procedência etc.), fica a Instituição sujeita a ataques externos e passível de retrocessos, na medida em que não tem como comprovar sua necessidade para a sociedade. O momento de romantismo foi superado. O leque de atribuições trazido pela Carta Magna de 1988 repercutiu na criação e estruturação de um novo Ministério Público. O que se exige hoje é a comprovação do exercício de tais atribuições e o resultado efetivo no corpo social.

Portanto, a Corregedoria-Geral do Ministério Público reformulou o relatório mensal – sabedora de que maior tempo deverá ser destinado a seu correto preenchimento –, não com a intenção de sacrificar os Órgãos de Execução nas suas atribuídas funções, mas com a filosofia de atender aos reclamos do Conselho Nacional no principal desiderato: a imprescindível prestação de contas à sociedade.

Com isso, foram inseridos campos específicos para o atendimento da recente Resolução n.º 33/2008 (que

atualizou a Resolução n.º 25/2008), especialmente aqueles relativos aos resultados da atividade funcional por tipo de crime e interesse, registrando-se que vários dos outros dados já estavam consignados no mencionado ato.

Os dados administrativos consignados no Sistema de Registro Único de procedimentos preparatórios e inquéritos civis públicos foram retirados do relatório mensal, sendo certo que, para evitar um ônus maior para os Órgãos de Execução, a própria Corregedoria-Geral os encaminhará ao Conselho Nacional, após consolidação.

Procedeu-se a outras alterações em razão de questões pontuais.

Foi inserido campo próprio para o registro de procedimentos do Procon Estadual, área que não vinha sendo quantificada especificamente.

No que se refere à Infância e Juventude, os dados exigidos pela Resolução PGJ n.º 05/1998, concernentes à área educacional, foram inseridos no relatório mensal, evitando-se a remessa apartada.

A Resolução n.º 33/2008 estende seus efeitos aos processos de 2ª Instância. Em reunião realizada na data de 12 de fevereiro de 2009 com os Procuradores de Justiça Coordenadores das Procuradorias de Justiça Especializadas, foi esclarecida a necessidade premente do envio dos dados, que inicialmente serão centralizados e consolidados pela Superintendência Judiciária, tendo antes cientificado pessoalmente o Conselho Superior e a Câmara de Procuradores de Justiça nas reuniões ordinárias.

O Conselho Nacional do Ministério Público solicita a todos os membros do *Parquet* um esforço na consignação correta dos dados necessários para a elaboração do seu relatório anual. Deve-se ter a consciência de que todos são peças de uma engrenagem superior – que é o Ministério Público Brasileiro –, que necessita desse sacrifício para a permanência e desenvolvimento de suas complexas atribuições no momento histórico vivenciado. Espera-se dos membros do *Parquet* e dos servidores da Instituição a devida atenção a tal mister, para que a evolução do Ministério Público continue a atender aos anseios sociais.

3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.4.1 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. 350p.

Trata-se de obra clássica do jurista português José Carlos Vieira de Andrade sobre os direitos fundamentais à luz do constitucionalismo português. O tema é aqui tratado quase que de forma exaustiva, o que a torna uma leitura e referência bibliográfica obrigatórias, principalmente àqueles mais dedicados à postura acadêmica da matéria, dado o seu grau de profundidade, embora o texto possua uma fluidez notória quanto ao seu conteúdo.



Por fim, apesar de a obra estar esgotada no Brasil, ela poderá ser facilmente encontrada nas principais bibliotecas e universidades do País.

B) Artigos

3.1.4.2 CLÈVE, Clèmerson Merlin; HONÓRIO, Cláudia. Inconstitucionalidade decorrente de circunstância fáticas e a Administração Pública. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Editora Renovar, Ano 3, n. 13, p. 85-103, jul./set. 2008.

No artigo que indicamos, conforme apontam os autores, “A temática que enseja reflexão é a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma norma em decorrência de circunstâncias fáticas” (p. 85).

Com efeito, a partir de uma situação hipotética, o artigo analisa se uma lei que implica um novo e desproporcional volume de serviços a um órgão público (já devidamente estruturado dentro dos padrões brasileiros) estaria a violar o Texto Constitucional. Logo, propugnado pela necessidade do exame das condições factuais, são trabalhados os princípios da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade, já que “(...) o direito deve ser adequado ao contexto da sua aplicação, sob pena de o desencontro entre o ser e o dever implicar o não-ser” (p. 101). Nesse sentido:

O legislador, ao exercer a sua função constitucionalmente típica, deve atentar para a realidade em que incidirá a norma. Caso haja um descompasso inaceitável entre o determinado pela lei e o observado no mundo dos fatos, estará afetada a legitimidade da norma, podendo-se cogitar sua inconstitucionalidade em decorrência das circunstâncias fáticas.

No caso específico trazido a exame, aumentar o volume de trabalho de um órgão sem conferir condições para seu desempenho vai de encontro aos princípios constitucionais da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade (p. 100-101).

3.1.5 Jurisprudência da área

3.1.5.1 TJMG, 7ª Câmara Cível. *Aprovação, pela Câmara Municipal, das contas prestadas pelo Prefeito Municipal. Não vinculação do Ministério Público. Possibilidade de ajuizar ação civil pública com pedido de reparação de prejuízo causado ao patrimônio público*

EMENTA: Administrativo e Processual Civil. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Legitimidade do Ministério Público. Participação facultativa do ente político. O julgamento de contas pela Câmara Municipal não vincula nem compreende pressuposto para a propositura da ação civil pública. Preliminares envolvendo tais aspectos rejeitadas. Mérito. Ausência de ofensa ao princípio da anterioridade, na medida em que a lei que disciplina os atos de improbidade administrativa, aplicando-lhes sanções, já estava em vigor por ocasião dos ilícitos atribuídos aos recorrentes.

(...)

O julgamento de contas pela Câmara Municipal não compreende pressuposto de procedibilidade da ação civil pública que objetiva a reparação de prejuízo causado ao patrimônio público.

A responsabilização, pela ação civil pública, assenta-se em requisitos totalmente estranhos ao processo que a Câmara Municipal desenvolve para a análise das contas. Embora a Edilidade precise observar regras de procedimento – prazos, formas e possibilidade de defesa –, na análise das contas, não se prende a nenhuma circunstância jurídica delineada pelo ordenamento jurídico, porque é livre para formular a sua convicção, daí que se afirme que promove, na verdade, um julgamento político.

Tem-se, assim, que a aprovação das contas não embaraça a prerrogativa constitucional conferida ao Ministério Público de, pela ação civil pública, buscar o ressarcimento de importâncias indevidamente recebidas dos cofres públicos, apesar do julgamento favorável da Câmara Municipal.

Nem mesmo na rejeição das contas há a vinculação do Poder Judiciário, fazendo-se necessário, para que se possa impor a condenação, averiguar se, no caso concreto, encontram-se presentes os pressupostos que delineiam a responsabilidade. (TJMG, 7ª Câmara Cível, **Apelação Cível nº 1.0000.00.307992-8/000, Rel. Des. Pinheiro Lago, j. 14.10.2003, DJ 19.12.2003**).

3.1.5.2 TJMG, 6ª Câmara Cível. *Policial assassinado em dia de folga. Responsabilidade civil do Estado*

EMENTA: RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO



– POLICIAL ASSASSINADO EM DIA DE FOLGA – FATO DO SERVIÇO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE – JUSTIÇA DISTRIBUTIVA – DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DECORRENTES DA SITUAÇÃO DE RISCO CRIADA PELO ESTADO PARA O BEM DE TODOS – INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1- Em se demonstrando que o policial assassinado, conquanto não estivesse em serviço, foi alvejado pelo fato de ser policial, configura-se o “fato do serviço”, a ensejar a aplicação da teoria do risco administrativo, pelo qual a Administração, ainda que não seja a causadora direta do dano, é a responsável, por situação que, em seu desdobramento direto, causa dano a terceiro. 2- Também o princípio da igualdade impõe que o dano decorrente da situação de risco, criada pela atividade administrativa, deve ser compartilhado por todos os membros da coletividade, justificando a condenação do Estado a indenizar o particular que houver sofrido sozinho os efeitos danosos. (TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0702.04.129976-0/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. 12.06.2006, DJ 14.07.2006)

3.1.5.3 STJ, 2ª Turma. *Interrupção de fornecimento de energia elétrica em face de ente público inadimplente. Possibilidade, desde que não atinja unidades de prestação de serviços essenciais*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. ENERGIA ELÉTRICA. POSTO DE SAÚDE MUNICIPAL INADIMPLENTE. FORNECIMENTO. CORTE. ART. 6, § 3º, INCISO II, DA LEI Nº 8.987/95 E ART. 17 DA LEI Nº 9.427/96. 1. Todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia foram dirimidas de forma efetiva, sólida e integral, razão pela qual não resta configurada a falha de negativa de jurisdição. 2. É lícito ao concessionário de serviço público interromper, após aviso prévio, o fornecimento de energia elétrica de ente público que deixa de pagar as contas de consumo, desde que não aconteça de forma indiscriminada, preservando-se as unidades públicas essenciais. 3. A interrupção de fornecimento de energia elétrica de Município inadimplente somente é considerada ilegítima quando atinge as unidades públicas provedoras das necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas – por analogia à Lei de Greve – como “aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”. 4. No caso concreto, indevido o corte de energia elétrica no posto de saúde municipal porquanto colocará em risco a saúde da coletividade. 5. Recurso especial não provido. (STJ, 2ª Turma, REsp 831010/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 26.08.2008, DJe 25.09.2008)

3.1.5.4 TJMG, 8ª Câmara Cível. *Prerrogativa de o membro do Ministério Público manifestar-se nos autos que entender existir interesse, bem como de transitar livremente nas salas de audiência e outras dependências*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS CAUSAS QUE JUSTIFIQUEM A SUA INTERVENÇÃO – ACESSO DO PARQUET ÀS SALAS E DEPENDÊNCIAS DE AUDIÊNCIAS, SECRETARIAS E CARTÓRIOS – DIREITO ASSEGURADO PELOS ARTS. 26, VIII, E 41, VI, ‘B’, DA LEI Nº 8.625/93 (LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO) – ORDEM CONCEDIDA. – Na esteira do art. 26, VIII, da Lei nº 8.625/93, o Ministério Público poderá ‘manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção. – Constitui prerrogativa dos membros do Ministério Público ingressar e transitar livremente ‘nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, tabelionatos, escritórios da justiça, inclusive dos registros públicos, delegacias de polícia e estabelecimento de internação coletiva.’ (art. 41, VI, ‘b’, da Lei nº 8.625/93).

(...)

Após detida análise dos autos e das provas coligidas, convenci-me da ilegalidade do ato praticado pela impetrada, que, inexplicavelmente, impede o impetrante de manifestar-se nas causas que justifiquem a sua intervenção, bem como nega ao mesmo o ingresso e o trânsito nas salas de audiência.

Ora, quando atua na qualidade de *custos legis*, como na espécie, deve o Ministério Público ter amplo acesso aos processos a fim de que manifeste interesse em intervir, sendo que a negativa a esse direito representa impedimento ao exercício de suas atribuições.

(...)

Insta esclarecer, ainda, que o sigilo não pode ser oposto ao *Parquet*, sob pena de aniquilamento do exercício da sua função de guardião da ordem jurídica.

Diante desse contexto, deve ser autorizada ao impetrante a manifestação nos processos referentes a alimentos, independente de as partes ostentarem a qualidade de maiores e capazes, bem como o acesso aos demais feitos em tramitação na 2ª Vara de Família de Contagem, inclusive aos já arquivados, a fim de verificar a necessidade de intervenção. (TJMG, 8ª Câmara Cível, Mandado de Segurança nº 1.0000.07.457847-7/000, Rel. Des. Silas Vieira, j. 17.04.2008, DJ 06.05.2008).¹

¹ Acórdão gentilmente encaminhado pelo Dr. Wagner Lúcio Teixeira Leão, Promotor de Justiça da 9ª Promotoria de Justiça da Auditoria Militar de Belo Horizonte (MG).



3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Direito de acessibilidade aos bens culturais

Marcos Paulo de Souza Miranda

Promotor de Justiça

Coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio

Cultural e Turístico de Minas Gerais

Especialista em Direito Ambiental

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais

Autor do livro: Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro

(Belo Horizonte: Del Rey, 2006)

Andrea Lanna Mendes Novais

Arquiteta Urbanista

Técnica da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio

Cultural e Turístico de Minas Gerais

Especialista em Urbanismo

Especializanda em Revitalização Urbana e Arquitetônica

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO AOS BENS CULTURAIS

A Constituição Federal vigente estatuiu em seu art. 244 que “A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no artigo 227, § 2º.” Ademais, previu no art. 215, *caput*, que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional.

Da conjugação de tais dispositivos resta claro que o legislador constituinte quis assegurar a todos, e de maneira especial aos portadores de deficiência, o acesso aos bens culturais existentes em nosso país, tais como museus, cinemas, bibliotecas, galerias, núcleos históricos, sítios arqueológicos etc.

O direito de acessibilidade aos bens culturais encontra fundamentos, ainda, no princípio da isonomia e no princípio da fruição coletiva do patrimônio cultural, segundo os quais todos os cidadãos devem ter iguais condições de conhecer, visitar e obter informações sobre os bens integrantes do patrimônio cultural nacional.

2. NORMATIZAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Em obediência aos comandos constitucionais acima mencionados, a Lei nº 7.853, de 24.10.1989, dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, estabelecendo, dentre outras coisas, o artigo 2º que:

Art. 2º. Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no ‘caput’ deste artigo, os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objeto desta lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

[...]

V - na área das edificações:

a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte.

Por seu turno, a Lei nº 10.098, de 19.12.2000 estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios (de uso privado multifamiliar, uso coletivo e uso), nos meios de transporte e de comunicação.

Essa Lei, cujas normas gerais se aplicam a todos os entes da Federação, foi regulamentada pelo Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que, por sua vez, se reporta a Normas Técnicas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), merecendo destaque as seguintes:

- NBR 9050 – Acessibilidade a Edificações, Mobiliário, Espaços e Equipamentos Urbanos;
- NBR 13994 – Elevadores de Passageiros – Elevadores para Transportes de Pessoa Portadora de Deficiência.

Em síntese, nos termos da normatização vigente, a acessibilidade deve ser garantida à pessoa com deficiência (permanente ou temporária) física, visual, auditiva, mental e múltipla; e àqueles com mobilidade reduzida, tais como idosos, obesos e gestantes.

Basicamente, esta acessibilidade pode ser garantida com¹:

- Acessos através de rampas ou equipamentos eletromecânicos (plataformas elevatórias de percurso vertical ou inclinado e elevadores);
- Estacionamento ou garagens reservados e de

¹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Acessibilidade*: pessoa com deficiência e imóveis adaptados. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/Artigos/Imoveis_Adaptados_Luiz_Antonio_Ferreira.php>. Acesso em: 29 ago. 2008.

acordo com as normas;

- Circulação interna acessível.
- Escadas com corrimão, com condições mínimas de segurança e conforto, associadas a rampas ou equipamentos de transporte vertical;
- Sanitários adaptados;
- Mobiliário adequado;
- Piso tátil de alerta e direcional;
- Utilização de materiais de acabamento adequados.

3. PARTICULARIDADES DO ACESSO AOS BENS CULTURAIS

Eliminar as barreiras físicas e sociais dos espaços, edificações e serviços destinados à fruição do patrimônio cultural é medida indispensável para que os portadores de deficiência e de necessidades especiais possam ser incluídos no processo de conhecimento de nossa cultura e história.

Entretanto, nem sempre será fácil, na prática, assegurar o integral direito de acesso aos bens culturais, muitas vezes situados em locais perigosos (grutas e sítios arqueológicos, v.g) ou concebidos em uma época em que a acessibilidade e a inclusão não eram valores reconhecidos pela sociedade (casarões coloniais de vários pavimentos, igrejas situadas em cumes de montanhas, grandes escadarias para “valorizar” o bem, etc).

Ademais, “[...] as intervenções realizadas em bens culturais com vistas a sua acessibilidade não podem chegar a ponto de causar mutilação ou descaracterização gravosa ao testemunho histórico que a proteção do bem cultural visa garantir”², sob pena de caracterização de ilícito em âmbito cível, administrativo e mesmo criminal³.

Assim, deve-se buscar o cumprimento simultâneo da Lei da Acessibilidade e das normas que regulamentam o regime jurídico dos bens culturais, como, por exemplo, o Decreto-Lei 25/37, que trata dos bens tombados; a Lei 3.924/61, que trata dos sítios arqueológicos; o Decreto 99.556/90, que trata das cavidades naturais subterrâneas, etc.

Aliás, a própria Lei n. 10.098/2000 (Lei da Acessibilidade) estabeleceu textualmente que: “Art. 25. As disposições desta Lei aplicam-se aos edifícios ou imóveis declarados bens de interesse cultural ou de valor histórico-artístico, desde que as modificações necessárias observem as normas específicas reguladoras destes bens”.

² <http://4ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/patrimonio/documentos-docs/acessibilidade_a_bens_culturais.pdf>.

³ Vide art. 17 do DL 25/37 e arts. 62 e 63 da Lei 9.605/98.

O Decreto nº 5.296/2004, que regulamenta a Lei nº 10.048/2000, dispõe em seu art. 30 que: “As soluções destinadas à eliminação, redução ou superação de barreiras na promoção da acessibilidade a todos os bens culturais imóveis devem estar de acordo com o que estabelece a Instrução Normativa nº 1 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, de 25 de novembro de 2003”.

Esta Instrução Normativa do IPHAN, que por força do contido na Lei nº 10.048/2000 (norma geral sobre acessibilidade) e no art. 30 do Decreto 5.296/2004, aplica-se também aos bens acautelados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios (CF/88, art. 24, § 1º.), estabelece diretrizes, critérios e recomendações para a promoção das devidas condições de acessibilidade aos bens culturais imóveis, a fim de equiparar as oportunidades de fruição desses bens pelo conjunto da sociedade, em especial pelas pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

São diretrizes de intervenção estabelecidas pela Instrução Normativa:

- As soluções adotadas para a eliminação, redução ou superação de barreiras na promoção da acessibilidade aos bens culturais imóveis devem compatibilizar-se com a sua preservação e, em cada caso específico, assegurar condições de acesso, de trânsito, de orientação e de comunicação, facilitando a utilização desses bens e a compreensão de seus acervos para todo o público.

- As intervenções poderão ser promovidas através de modificações espaciais e estruturais; pela incorporação de dispositivos, sistemas e redes de informática; bem como pela utilização de ajudas técnicas e sinalizações específicas, de forma a assegurar a acessibilidade plena sempre que possível, devendo ser legíveis como adições do tempo presente, em harmonia com o conjunto.

- Cada intervenção deve ser considerada como um caso específico, avaliando-se as possibilidades de adoção de soluções em acessibilidade frente às limitações inerentes à preservação do bem cultural imóvel em questão.

- O limite para a adoção de soluções em acessibilidade decorrerá da avaliação sobre a possibilidade de comprometimento do valor testemunhal e da integridade estrutural resultantes.

Nos casos de áreas ou elementos onde não seja possível promover a adaptação do imóvel para torná-lo acessível ou visitável, deve-se garantir o acesso por meio de informação visual, auditiva ou tátil das áreas ou dos elementos cuja adaptação seja impraticável. No caso de sítios considerados inacessíveis ou com visitação restrita, devem ser oferecidos mapas, maquetes, peças de acervo originais ou suas cópias, sempre proporcionando a possibilidade de serem tocados para compreensão tátil.⁴ Ou seja, quando não for possível adequar o meio físico

⁴ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Ibid.



para garantir o direito à acessibilidade como parte do processo de inclusão social da pessoa com deficiência, deverão ser adotadas medidas de acesso à informação e compreensão a respeito do bem cultural.

4. EFETIVIDADE DO DIREITO DE ACESSIBILIDADE

Para assegurar a efetividade do direito de acessibilidade aos bens culturais o Ministério Público está legitimado a adotar as medidas necessárias e pode lançar mão de instrumentos extrajudiciais, tais como a expedição de recomendação ou a celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta. Esses instrumentos resolutivos devem ser sempre privilegiados, deixando-se a via judicial, sempre mais lenta e burocrática, para os casos em que o consenso não seja possível.

Havendo necessidade de se judicializar a questão, a ação civil pública será o instrumento processual adequado para se requerer a prestação jurisdicional, sendo de se ressaltar, por oportuno, os seguintes precedentes jurisprudenciais favoráveis à efetivação do direito de acessibilidade:

3.2.2 Reflexões acerca da codificação do direito processual coletivo brasileiro

Paulo Armando Mosconi D'Arcádia

*Professor da Universidade de Itaúna (Direito Tributário,
Direito Administrativo e Prática Jurídica Civil)*

Especialista em Direito Público

Mestrando em Direito Empresarial na Universidade de Itaúna

1. INTRODUÇÃO

O século XIX caracterizou-se pelas grandes codificações, cujos modelos adotados eram rígidos, fechados, estáticos e totalizantes, frutos do positivismo neutralizante, liberalismo e racionalismo da época.

Os códigos de processo civil existentes hoje seguem os modelos ultrapassados do século XIX, assim, não são instrumentos adequados para a proteção dos direitos e dos interesses massificados, o que originou a criação de microsistemas próprios que atendam aos anseios sociais de proteção dos direitos e interesses massificados.

A Carta Magna de 1988, bem como toda a legislação regulamentadora da proteção ao deficiente físico, são claras e contundentes em fixar condições obrigatórias a serem desenvolvidas pelo Poder Público e pela sociedade para a integração dessas pessoas aos fenômenos vivenciados pela sociedade, pelo que há de se construir espaços acessíveis a elas, eliminando barreiras físicas, naturais ou de comunicação, em qualquer ambiente, edifício ou mobiliário, especialmente nas Casas Legislativas. (STJ - MS n.º 9.613, São Paulo, 1ª C. Cív., Rel. Ministro José Delgado, j. 11.05.99).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INTERESSE DIFUSO – ADAPTAÇÃO DE PRÉDIO DE ESCOLA PÚBLICA PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA – OBRIGAÇÃO PREVISTA NOS ARTS. 227, § 2º, E 244 DA CF, ART. 280 DA CE – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – LEI FEDERAL Nº 7.853/89 – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – MULTA DIÁRIA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE – ART. 644 DO CPC – Recurso provido para julgar a ação procedente. (TJSP – AC 231.136-5/9-00 – 8ª CDPúb. – Rel. Des. Toledo Silva – DJSP 12.02.2004 – p. 55).

Tem-se hoje a necessidade de uma tutela jurisdicional diferenciada. No último século, direitos como a saúde, educação, cultura, meio ambiente e outros de igual natureza fluida, tornaram-se base dos conflitos sociais e sua titularidade foi atribuída a qualquer cidadão. Essa nova categoria de direito mesmo mantendo seu caráter individual tem enfoque direto na sociedade de massa e, por conseguinte, transcendência à esfera individual.

Desta feita notabilizou-se a necessidade de um sistema que privilegia o tratamento coletivo dos problemas que são enfrentados por um número considerável de pessoas. Sistema esse que possibilita o acesso à Tutela Jurisdicional por indivíduos que se encontrariam à margem do sistema.

Diante da necessidade de enfrentamento desses problemas de modo eficiente, surgiram alguns institutos jurídicos aptos a propiciar o atendimento dessas necessidades da coletividade, tais como, Ação Popular, Ação Civil Pública, Ação Popular Ambiental, Mandado de Segurança Coletivo, Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental, ainda, meios que são oriundos do próprio Direito Processual Civil como o disposto do artigo 83, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: “[...] para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações

capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Como se pode notar, o Direito Pátrio é rico em meios que garantem a tutela desses interesses, o debate aqui proposto se norteará pela necessidade ou não de uma codificação própria do sistema de Tutela Jurisdicional Coletiva.

1.1 MICROSSISTEMAS

Como já dito, devido à generalidade, abstração e impermeabilidade às mudanças sociais, o sistema processual civil não corresponde aos anseios sociais massificados, principalmente relacionados a questões relativas à criança, ao ambiente etc. Surgiu então a necessidade da criação dos chamados microssistemas, também conhecidos como códigos setorizados, ou estatutos.

A criação desses microssistemas abalou drasticamente a concepção dos sistemas autossuficientes e impermeáveis até então existentes. Muitos até passaram a sustentar a tese de esgotamento do processo histórico – cultural da codificação e defendiam a criação desses microssistemas.

Foram apontados por Orlando Gomes três razões para a caducidade dos sistemas até então implantados:

- 1) Impossibilidade de conservar o estilo dos códigos;
- 2) Esvaziamento do Código Civil e conseqüente perda de sua função;
- 3) Aumento das leis especiais.

Devido aos fatores apontados e à crise do modelo hierárquico e axiológico do direito dos séculos XVIII e XIX, Theodor Viehweg defende a concepção do direito como problema, que seriam juízos normativos constituídos frente aos problemas concretos.

Descartadas as críticas a serem traçadas a este pensamento, ocorreu que este fator somado aos outros já apontados levariam a concepção de modelos de codificações móveis, dinâmicos e até abertos, onde prevalecem princípios e cláusulas gerais, que possibilitam além do dinamismo uma harmonia decorrente do diálogo com outras fontes normativas.

Surge, então, o chamado pós-positivismo que abrange todas as concepções de pensamentos que valorizam os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica democrática, pluralista e aberta a valores, que abarca a atual concepção de neo-constitucionalismo.

O pós-positivismo mudou a concepção de sistema jurídico, alterando o sistema fechado e autossuficiente para o sistema aberto, móvel e composto de valores.

Podemos concluir, então, para não nos alongarmos

na evolução da concepção atual de sistema de direito ao ultrapassar os modelos de codificação antigos e a crise das codificações modernas, a nova concepção de direito como problema juntamente com a concepção de sistema, oriunda do pós-positivismo resultaram numa nova visão do que seria uma codificação que possibilita a efetivação do direito, sendo certo que a adequada individuação dos problemas deve ser alcançada com fundamento no sistema como um todo.

No Brasil, existem no ordenamento dois microssistemas de tutela jurisdicional coletiva (comum e especial), que, juntamente com o advento da CF/88 eclodiram uma grande discussão doutrinária relativa à Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro. A análise desses institutos demonstra que a doutrina brasileira e seu sistema jurídico encontra-se bastante avançado no que tange à proteção dos direitos ou interesses massificados, porém não esgotam a necessária discussão sobre a codificação do sistema.

2. MUDANÇA DE PARADIGMA

A evolução histórica do sistema jurídico brasileiro encontra três principais divisões: Brasil-Colônia, Brasil-Império, Brasil-República.

Durante o Brasil-Colônia, vigiam no País as Ordenações Portuguesas, Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e por fim as ordenações Filipinas. Tais ordenações não se enquadram dentro de uma conceituação rígida e moderna de codificação.

Após a independência do Brasil, já, portanto Brasil-Império, as Ordenações Filipinas continuaram a compor o sistema jurídico brasileiro.

Grande avanço ocorreu com a Constituição do Império de 1824 que determinou a elaboração de um Código-Criminal fundado na justiça e equidade, fazendo com que em 1830 fosse criado o Código Criminal do Império, marco histórico de criação do primeiro código brasileiro.

Logo em seguida, em 1832, foi promulgado o primeiro Código de Processo Penal de Primeira Instância, o qual, também, dispunha sobre processo civil. O regulamento nº 737, de 1850, que completava o Código Comercial também foi um marco do direito processual brasileiro pela economia processual e simplicidade do procedimento.

Durante todo esse intervalo as causas cíveis continuavam disciplinadas pelas Ordenações Filipinas e por outras leis complementares e modificativas, fazendo com que o Governo Imperial incumbisse ao professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Conselheiro Antonio Joaquim Ribas, a tarefa de reunir as leis em um único corpo, dando origem à *Consolidação das Leis de Processo Civil* que adquiriu força de lei pela resolução



imperial, de 18 de dezembro de 1876.

A Constituição da República de 1891, a primeira, instituiu a dualidade da justiça, possibilitando aos Estados organizarem suas justiças, o que foi alterado na Constituição de 1934 que restabeleceu o sistema da unidade do direito processual para todo o País.

Nota-se que o movimento de codificação inaugurado com a codificação napoleônica no início do século XIX, que recebeu destaque com o BGB (Código Civil alemão), espalhou-se pelo mundo, atingindo o Brasil como outros países da América Latina.

O Brasil acompanhando essa onda de codificação só veio conhecer seu primeiro código civil em 1916, fruto do trabalho de Clóvis Beviláqua, que se pautou na visão liberal individualista da sua época e na sistematização do BGB alemão (parte geral e parte especial).

Em sequência, outros códigos foram criados no Brasil-República, como o CPC/39, o CP/40, o CPP/41, o CPC/73, até o novo Código Civil de 2002, que já é resultado de uma nova metódica mais flexível, móvel e permeável a mudanças sociais.

A impermeabilidade e estrutura fechada dos códigos atuais que foram implantados no século passado ocasionou no Brasil a criação de microssistemas jurídicos, criação intensificada nas décadas de 1960 e 1970 por força da massificação e complexidade das relações sociais.

Dentre muitos, podemos destacar o microssistema de defesa do consumidor, nascido com a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, entre outras.

Merece maior destaque, ainda, dois microssistemas em especial, o *microssistema da tutela jurisdicional coletiva comum*, formado pela integração entre a Lei nº 7347/85 – Lei da Ação Civil Pública no seu art. 21, e, a Lei nº 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor no seu art. 90. O outro é o *microssistema da tutela coletiva especial* (controle concentrado e abstrato da constitucionalidade), que no plano infraconstitucional se compõem pelas leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99.

Nota-se, então, apesar de ser o Brasil rico em disposições legais de tutela dos direitos coletivos, foi com o advento da CF/88 que a terceira onda renovatória do Direito se assentou com toda sua potencialidade, por força dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, e, ainda, 129, III, da CF/88, entre outros.

3. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

Na esteira do entendimento do Ilustre Prof. Gregório Assagra, sustentamos a vertente de ser o

Direito Processual Coletivo brasileiro um novo ramo do direito processual.

O conjunto de disposições legais e os fundamentos constitucionais que embasam a tutela jurisdicional coletiva no Brasil o colocam como um dos mais avançados do mundo. Já havendo sido consagrada de forma ampla a tutela jurídica material massificada, inclusive dentro da teoria dos direitos fundamentais, necessária é a concepção de um direito processual que garanta a efetivação desses direitos massificados resguardados constitucionalmente.

A própria Constituição Federal determina esse novo ramo do direito pátrio nos dispositivos: art. 1º art. 5º, art. 129, II, art. 125, e outros. Restando, assim, superada a divisão do Direito Processual em Civil e Penal por força constitucional, forçando uma nova forma de ver-se os institutos clássicos do Direito Processual Civil, como a legitimidade, pedido, coisa julgada etc., pois elaborados com base na técnica do liberalismo individualista não se prestam às diretrizes do processo coletivo.

Na esteira dos ensinamentos do prof. Gregório Assagra, os princípios relacionados com o Direito Processual Coletivo Comum, são:

- 1) Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo;
- 2) Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva;
- 3) Princípio da presunção da legitimidade “*ad causam*” ativa pela afirmação do direito;
- 4) Princípio da não-taxatividade da ação coletiva;
- 5) Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum;
- 6) Princípio da máxima efetividade do processo coletivo;
- 7) Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum;
- 8) Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público;

Quanto aos relacionados com o Direito Processual Coletivo Especial, são:

- 1) Princípio da proteção do Estado Democrático de Direito;
- 2) Princípio do devido processo legal como cláusula constitucional interpretativa vinculatória genérica de dimensão processual e substancial;
- 3) Princípio da proporcionalidade como técnica constitucional de ponderação;
- 4) Princípio da supremacia da Constituição;
- 5) Princípio da interpretação conforme a Constituição;
- 6) Princípio da presunção de legitimidade da lei e dos atos normativos do poder Público;
- 7) Princípio da indesistibilidade da ação objetiva de controle em abstrato da constitucionalidade.

Propõe, ainda, o Prof. Assagra em sua obra, as regras de interpretação e aplicação do Direito Processual Coletivo, a primeira regra de interpretação a ser analisada pelo operador do direito na aplicação do Direito Processual Coletivo é a da completa integração entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, no intuito de resolução de problemas pertinentes à aplicabilidade do Processo Coletivo comum.

Também, temos como regra a aplicação subsidiária do CPC no processo coletivo, por força dos arts. 19 da LACP e 90 do CDC, desde que haja compatibilidade formal e material entre os institutos processuais.

A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são normas de superdireito processual coletivo comum.

E por fim, a aplicabilidade das regras de interpretação constitucionais, por ter o direito processual coletivo essa natureza.

4. CODIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

Cabe-nos, de forma sucinta, primeiramente, diferenciar código, consolidação, compilação e microsistema.

Enquanto o código é um sistema de regras jurídicas, com conteúdo histórico e político, formado por um espírito inovador e novo corpo legislativo, enquanto a consolidação é um recolhimento de normas já existentes, principalmente nos momentos de exaustão legislativa, porém de forma harmônica e orgânica e leva em consideração a matéria, sendo realizado pelo Estado, caracterizando-se mais avançado que a compilação que era feita por particulares e não tinha caráter legislativo. Já microsistema é o conjunto de leis de cunho social, que abandonam a técnica legislativa de comando genérico e abstrato da norma para subjetivá-la. Utilizam linguagens setoriais e tratam de forma exaustiva as matérias pertinentes, abrangendo questões de direito material interdisciplinar e processual.

A principal vantagem da codificação seria a uniformização de seu objeto formal, tornando-o mais visível e uniforme. Simplifica o sistema jurídico codificado permitindo sua melhor compreensão e ordena os métodos de interpretação e princípios.

A codificação pode representar retrocessos no plano constitucional e infraconstitucional, além de engessar o sistema. Ainda, a precoce codificação valendo-se de modelos estrangeiros sem a devida discussão pode fazer ruir o sistema avançado do país.

A visão adequada para a criação de um Código de Direito Processual Coletivo é a constitucional, com

base nos princípios do Estado Democrático de Direito, orientada pelas garantias fundamentais consagradas na Carta da República. Assim, a visão instrumentalista não é suficiente para a criação de um Código Processual Coletivo, ao menos que se a redimensione à luz dos direitos e garantias constitucionais, de forma que listaremos alguns princípios arrolados pelo Prof. Assagra que norteariam a concepção de um Código Processual Coletivo:

- 1)Princípio democrático;
- 2)Princípio da proibição de retrocesso;
- 3)Princípio do devido processo legal.

Além de dever guardar obediência aos princípios e regras de interpretação e aplicação do direito constitucional e aos direitos e garantias individuais. As diretrizes são:

- 1)Afastar-se da importação de modelos estrangeiros;
- 2)Evitar dispor sobre inúmeros requisitos específicos de admissibilidade processual;
- 3)Disciplinar de forma global os institutos estruturais do direito processual coletivo;
- 4)Romper com as amarras decorrentes da aplicabilidade subsidiária do CPC;
- 5)Ter boa técnica jurídica, baseada, sempre que possível, na linguagem constitucional;
- 6)Manter a coerência entre os modelos de direito processual coletivo especial e comum;
- 7)Preservar as peculiaridades de cada área do direito material coletivo;
- 8)Evitar a orientação unicamente pelo método teleológico do resultado;
- 9)Desviar-se da idéia de um código pequeno em seu objeto formal para a busca da sua aprovação no Congresso Nacional.

5. CONCLUSÃO

Nos tempos atuais é muito difícil conceituar código. A conceituação de código esbarra primeiro na idéia de código como um sistema de normas, de acordo com o conceito ultrapassado de código totalizante e fechado, segundo porque a conceituação também depende do contexto histórico em que é elaborado. Nos dias atuais a complexidade das relações, multiplicidade de teorias sobre o direito, transformação da visão fechada para uma visão aberta e móvel que procura soluções mais justas e adequadas à sociedade, dificulta mais ainda a conceituação de código.

Muitos autores tentaram conceituar código, porém, o mais importante ao tentarmos conceituar código é levar em consideração a visão técnica de sistema como ordem e unidade, mas é necessário que deve-se elaborar um código delimitando o objeto da



codificação, a natureza jurídica deste objeto, os objetivos especiais e gerais, as vantagens, a metodologia e as diretrizes principiológicas.

A pergunta que nos parece restar é: **O Brasil necessita realmente de um código de direito processual coletivo?**

Certo é que a codificação pode ser benéfica ao direito processual coletivo, porém, no caso do Brasil que já possui um microsistema de tutela coletiva avançado, devemos ser cautelosos diante da codificação. Os riscos encontram-se no pouco debate acerca do tema, a falta de consolidação técnica e principiológica para estruturação

do código, sob pena de incorrerem em retrocesso das conquistas já conseguidas no ordenamento.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

3.2.3 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.3.1 AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. São Paulo: RT, 2003. 285p.

Nesse manual, o autor trata amplamente sobre o tema relativo ao compromisso de ajustamento de conduta especificamente aplicado à seara ambiental. São palavras de Fernando Vidal:

O presente trabalho busca demonstrar a importância do referido instrumento de tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos, notadamente na área ambiental, para tanto esmiuçando seus mais controvertidos aspectos, bem como realizando ampla pesquisa no sentido de verificar como está a utilização deste instrumento, seja quanto a números, seja quanto a objeto, por todo o País (p. 8).

Divido em oito capítulos abrangentes, ao final, o livro ainda traz um apêndice contendo matéria sumular oriunda do CSMP-SP e modelos práticos diversos de compromissos de ajustamento de conduta.

Entre outras matérias, o leitor irá encontrar os seguintes temas: tutela constitucional do meio ambiente, meios processuais e extraprocessuais de proteção do meio ambiente, objeto, natureza, legitimidade, cláusulas e obrigações do compromisso de ajustamento de conduta, atuação do Ministério Público e de outros órgãos legitimados, sanção pecuniária e outras espécies de cominações, competência etc.

B) Artigos

3.2.3.2 CACAIS, Rubens Capistrano. **Cooperação Internacional ambiental**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 14, n. 53, p. 241-260, jan./mar. 2009.

O instituto da Cooperação Internacional Ambiental enfocada nesse texto trata-se daquela prevista, em capítulo próprio, nos arts. 77 e 78 Lei nº 9.605/98. Nesse trabalho, o autor demonstra "(...) a importância do tema, sua aplicabilidade e seus procedimentos" (p. 241). Conforme aduzido por Rubens Capistrano:

Tal capítulo tem sua razão de ser em virtude de alguns países, ao se depararem com um ilícito penal ambiental, não conseguirem colaborar com os demais, devido ao pouco aparelhamento de que dispõem. No entanto, para que a cooperação internacional em matéria ambiental funcione adequadamente, faz-se necessário que os outros Estados percebam a relevância desse assunto, editando normas semelhantes à nossa, já adotadas em diversos países. Lembremo-nos, sempre, de que, como bem ressaltou a lei, não há cooperação internacional sem reciprocidade (p. 247).

No artigo, o autor explora os seguintes temas: soberania e bons costumes; objeto e assistência na cooperação internacional ambiental; destinatário e conteúdo da solicitação; sistema de comunicação internacional e cooperação judicial internacional.

3.2.4 Jurisprudência da área

3.2.4.1 TJMG, 7ª Câmara Cível. *Menor submetido a tratamento de saúde fora do seu domicílio. Pagamento de diárias ao seu acompanhante pelo Poder Público*

EMENTA: AÇÃO COMINATÓRIA – TRATAMENTO DE MENOR CARENTE FORA DO DOMICÍLIO – ADMISSIBILIDADE – PREVISÃO LEGAL. – No âmbito da saúde pública, o menor tem direito ao tratamento de saúde da forma mais completa, inclusive com pagamento de diárias extensivas a seu acompanhante se e quando necessitar de atendimento fora do domicílio. – A atuação do Judiciário, nesses casos, faz-se não para formular políticas públicas (incumbência do Executivo e do Legislativo), mas para possibilitar a implementação das que, anteriormente, já foram eleitas pela Constituição – e na defesa da ordem constitucional, que lhe incumbe.

(...)

Douglas Vitor Pimentel Guerra, representado por sua mãe Nancy de Souza Pimentel, ajuizou ação cominatória contra o MUNICÍPIO DE NOVA ERA e o ESTADO DE MINAS GERAIS, alegando, para tanto, ser menor, com apenas oito anos de idade, e que sofre de fortes crises convulsivas, evoluindo para epilepsia e deficiência mental. Em razão dos fatos, o médico que acompanha a evolução de sua doença aconselhou que fosse encaminhado ao serviço de neurologia ligado à Universidade de Campinas, único núcleo de tratamento experimental existente na América Latina, onde iniciou o tratamento adequado, com despesas realizadas de forma particular. Na ocasião, os profissionais da UNICAMP, vendo a necessidade do autor na continuação do tratamento, remeteram ofício à Prefeitura Municipal de Nova Era solicitando o transporte para os retornos, tendo em vista as dificuldades financeiras do autor. Entretanto, o pedido foi ignorado e indeferida a abertura de processo de TFD, encaminhando-se para o hospital municipal, cujos médicos também aconselharam que o tratamento fosse feito na UNICAMP. Mesmo assim, o Município permaneceu inerte, sem providenciar o processo de TFD, causando-lhe prejuízos financeiros e de saúde, já que do tratamento depende a sua sobrevivência. Embora tenha solicitado o encaminhamento, o Município indeferiu o pedido. Por tais motivos, pugna pelo deferimento da tutela antecipada, para determinar que o réu seja compelido a cumprir sua obrigação e dar início ao processo de TFD, e, ao final, a procedência do pedido, com a confirmação dos efeitos da tutela antecipada.

(...)

A saúde é um direito constitucional previsto nos arts. 6º e 196 da CF, extensivo a toda a população – e constitui dever do Estado. Tais dispositivos não podem ser entendidos como normas programáticas, ou de “mera orientação ao legislador”, como dizia a doutrina clássica, sob o risco de se deixar de tutelar bem considerado pela ordem jurídica pátria como de essencial relevância.

Com efeito, quando se defende o direito à saúde, protege-se, por conseqüência, a principal objetividade jurídica do nosso ordenamento – a vida humana.

Sobre a saúde, leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA (In: Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, 6. ed., p. 271):

“... E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais”.

(...)

A separação de poderes prevê a autonomia e a independência do Executivo, Legislativo e Judiciário, mas de forma que a esfera de cada Poder seja interligada com os demais. Ao Judiciário não deve ser negada a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito, mesmo que quem a pratique seja o próprio poder Executivo.

Em suma, a eleição de políticas públicas foi feita anteriormente, pela própria Constituição. O Judiciário não a está formulando, mas apenas viabilizando sua implementação.

Conforme definem as diretrizes e regras do SUS, fundadas em sólido piso constitucional, a responsabilidade pelo atendimento médico à população é solidária entre os entes políticos que integram a República Federativa do Brasil, não havendo de admitir-se, em situações como a que aqui se examina, qualquer pretensão de transferência de responsabilidade que sempre se quer fazer prevalecer na definição de quem seja a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos, pelo transporte para o tratamento fora de domicílio etc.

Assim, o tratamento fora de domicílio do menor Douglas Vitor Pimentel Guerra deve ser garantido pelo Município de Nova Era.



No âmbito da saúde pública, o menor tem direito ao tratamento de saúde da forma mais completa, inclusive com pagamento de diárias extensivas a seu acompanhante, se e quando necessitar de atendimento fora do domicílio.

É dever do Estado prestar assistência médica às crianças, mesmo que o tratamento exija deslocamento para outro Município ou Estado, garantindo não só o transporte, mas também as diárias, inclusive para o responsável. (TJMG, 7ª Câmara Cível, Reexame Necessário nº 1.0447.06.000306-1/004, Rel. Des. Wander Marotta, j. 28/10/2008, DJ 07/11/2008).

3.2.4.2 TJMG, 1ª Câmara Cível. *Proteção do patrimônio cultural. Calçamento artesanal e histórico*

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO CULTURAL. BENS NÃO TOMBADOS. PROTEÇÃO. VIA ADEQUADA. CALÇAMENTO ARTESANAL E HISTÓRICO. INVENTÁRIO. – A ação civil pública é via adequada de proteção de patrimônio cultural representado por bens ainda não tombados. – Deve-se julgar procedente a ação civil pública que visa garantir a proteção e a manutenção de calçamento artesanal e histórico considerado patrimônio cultural municipal e estadual, por meio de inventário, cuja importância foi reconhecida pelo Conselho Municipal e pelo IEPHA/MG. (TJMG, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0460.02.008976-5/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 17/02/2009, DJ 13/03/2009)¹

3.2.4.3 TJMG, 4º Grupo de Câmaras Cíveis. *Direito à saúde. Fornecimento de medicamento similar pelo SUS. Princípio da razoabilidade*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – ARTRITE PSORIÁTICA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – DENEGAÇÃO DA ORDEM. O direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, inclusive com o fornecimento de medicamentos prescritos por médico particular como necessários ao tratamento da moléstia de que padece a parte, mas deve se ter em conta sempre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, para que não se defira o fornecimento de determinada droga, de uso excepcional e custo caro, antes que a parte tenha sido submetida a outros remédios também de eficácia comprovada e que são fornecidos pelo SUS. (TJMG, 4ª Grupo de Câmaras Cíveis, Mandado de Segurança nº 1.0000.08.470786-8/000, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 20.08.2008, DJ 14.11.2008)

3.2.4.4 TJMG, 5ª Câmara Cível. *Implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Obrigação de o Município fornecer abrigo a crianças e adolescentes em situação de risco*

EMENTA: CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NA CONSTRUÇÃO DE ABRIGOS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. A dignidade da pessoa humana, notadamente a da criança e do adolescente, é tutelada pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.069/90. Assim, é dever inafastável dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro empreenderem todos os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando abrigo, apoio sócio-educativo, sócio-familiar e assistência material, moral, médica e psicológica, nos termos do art. 227, da CF, e 4º, 6º, 7º, 15, 70, 86, 87, 88, 90 da Lei n. 8.069/90. O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. O posicionamento adotado não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público. A omissão dos Municípios de Carangola, de São Francisco Glória, de Faria Lemos e de Fervedouro, para solucionar o grave problema de abandono e desabrigo dos menores em situação de risco, se arrasta há anos. Falta interesse em resolver o problema. Enquanto nada é feito pelo Poder Executivo, a saúde, a vida, a dignidade, a integridade e a cidadania das crianças e adolescentes ficam ameaçadas e violadas. Tal situação gera angústia, sofrimento, perplexidade, apreensão e revolta nas crianças e adolescentes em situações de risco e na comunidade local. Maior violação à Constituição não há, pois valores constitucionais fundamentais estão sob

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



constante e permanente lesão. A se admitir que o Poder Judiciário nada pode fazer ante tanto abuso e violação a direitos e garantias fundamentais constitucionais, estar-se-á rasgando o texto constitucional, condenando as crianças e adolescentes a situações degradantes, humilhantes, aflitivas, dolorosas que muitas vezes conduzem à marginalidade, à prostituição, e, às vezes, à morte, além de se atribuir ao Poder Judiciário papel decorativo ou de 'mero capacho' do Executivo. (TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0133.05.027113-8/001, Rel. Des. Maria Elza, j. 29.11.2007, DJ 19.12.2007).



3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Alimentos gravídicos, efeitos e possíveis conseqüências: presunção *juris et de jure* de que o homem sempre possui capacidade econômica para auxiliar materialmente a mulher no caso de sua gravidez?

Vinicius de Souza Chaves
Promotor de Justiça do
Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Ex- Delegado de Polícia Civil do
Estado do Rio Grande do Sul
Pós-Graduado em Direito Civil e Processo
Civil pela UNIFRAN-SP

O Direito de família, tradicionalmente marcado pela sua fugacidade e modificação de valores, foi inovado na ordem jurídica com o advento da chamada Lei dos Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804), de 5 de novembro de 2008, cuja redação é a seguinte, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º (VETADO)

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

Art. 8º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10 (VETADO)

Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das Leis nºs 5.478, de 25 de julho de 1968, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de novembro de 2008;

187º da Independência e 120º da República.

Se, por um lado, a lei é deveras eficiente em condenar o homem cruel que abandona a sua parceira, namorada, cônjuge, ao saber de sua gravidez, deixando-a à própria sorte, por outro, contribuiu para que uma minoria de mulheres de atitude questionável, que engravidam propositadamente, consigam obter os alimentos gravídicos já no primeiro mês, sendo sustentadas por nove meses, afora a conversão automática dos alimentos gravídicos em definitivos (embora não se olvide de que o escopo da lei foi tanto a defesa da mulher como a proteção do nascituro).

A propósito da temática, veja-se o disposto no art. 6º, parágrafo único, da citada lei: ao converter alimentos gravídicos a favor da mulher em alimentos definitivos a favor da criança, traz uma presunção absoluta de paternidade, quando, na verdade, o recém-nascido pode não ser filho do implicado. E, pior, equipara naturezas jurídicas diferentes, pois enquanto o escopo do gravídico foi auxiliar a mulher, os definitivos protegem o bem-estar da criança.

Ressalte-se, por oportuno, que não havia qualquer necessidade de se positivar, por intermédio de legislação específica, alimentos à mulher em período de concepção, uma vez que a mulher, baseando-se no binômio possibilidade-necessidade e pretendendo ingressar com alimentos em face do homem por conta da gravidez, já poderia fazê-lo antes mesmo do advento ou da publicação do novel diploma legislativo em comento. Isso porque, palam et publice, a existência de filho comum é, inclusive, um dos pressupostos objetivos inerentes à caracterização da união estável¹.

Com efeito, sendo a presença de filho comum um forte pressuposto (porém não o único) da união estável e bastando indícios para a fixação dos alimentos gravídicos, a mulher já poderia fazer uso, se assim o quisesse, dos alimentos em voga, uma vez que o art. 1.694 do Código Civil, assim como o art. 7º da Lei nº 9.278/96, assim já autorizava. Corroborando tal raciocínio, devemos aplicar, ainda, a teoria conceitual, ainda que lege ferenda, pois, embora não adotada como regra pelo Código Civil de 1916 e tampouco pelo de 2002, preserva os direitos do nascituro antes mesmo do nascimento.² Embora os gravídicos sejam

¹ A doutrina aponta, dentre outros requisitos ou pressupostos inerentes à união estável, a convivência *mora uxório*, a *affectio maritalis*, também chamada de ânimo ou objetivo de constituir família; a diversidade de sexos; a notoriedade, estabilidade ou duração prolongada, continuidade; a inexistência de impedimentos patrimoniais.

² Ao lado da personalidade real, verdadeira, autêntica, admite-se a personalidade fictícia, artificial, presumida. São casos de personalidade fictícia: primeiro, a do nascituro; segundo, a do ausente; terceiro, a



dirigidos à mulher, o nascituro (já concebido) está com ela intimamente ligado pelo cordão umbilical, sendo que consumirá os alimentos naturais ou necessários que aquela também ingerir. Portanto, embora de pouca aplicação prática no foro, tal pedido não seria tido como juridicamente impossível.

Outro aspecto polêmico é como ficaria a responsabilidade civil da mulher que, obrando com má-fé, imputa ao homem a responsabilidade pela paternidade de uma criança que sabe, no seu foro íntimo, não ser dele e que, somente a posteriori, o erro provocado dolosamente vem a ser descoberto.³ Alguns diriam que os alimentos já pagos poderão ser cobrados via ação de indenização; no entanto, prefiro defender, data venia, que os alimentos são irrepetíveis, ou seja, não podem ser objeto de cobrança.

Além disso, uma ação de indenização por danos materiais provenientes de pagamentos indevidos de alimentos gravídicos possuirá idêntica natureza de uma ação de repetição de indébito; porém na órbita do Direito de família, trazendo-se a responsabilidade civil e contratual para o ramo deste Direito.

Entretanto, é claro que o raciocínio acima é ilógico, culminando, inclusive, na quebra histórica da natureza dos alimentos: o que já foi pago não pode ser restituído.⁴ No entanto, a indenização por danos morais, a qual visa compensar o vexame e a humilhação, poderá ser fixada, caso a caso, dependendo da repercussão que o fato adquirir no meio social e na imagem denegrida do homem. Especificamente no exemplo sub examine, abra-se espaço para aplicabilidade da teoria do abuso de direito, uma vez que a titular do direito excederia os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes.⁵

_____ pessoa cuja possibilidade de vir a existir é admitida para a aquisição de direitos (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1997. p.143). Veja-se, ainda, o posicionamento do professor Luiz Marcelo Mileo Theodoro: “Esse amparo legal, em que pese haver certas situações nas quais possa se assemelhar à pessoa, não lhe dá conceito de personalidade, quer dizer, traduz-se a uma hipótese de potencial de direito. Para tanto, o legislador civil de 2002, em repetição ao CC anterior (1916), adotou a corrente naturalista, ao repudiar o entendimento concepcionista, reservando ao nascituro uma expectativa de direito, na lição de Clóvis Beviláqua”. (In: www.damasio.com.br).

³ Tal brecha é da própria lei, pois ela exige meros indícios, como cartas, fotografias, declarações unilaterais de testemunhas que visualizaram o relacionamento do casal, o que não exclui a deslealdade ou dolo de condenar o futuro requerido aos alimentos.

⁴ Irrepetível ou irrestituível. Os alimentos, uma vez pagos, são irrestituíveis, sejam provisórios, definitivos ou *ad litem*. É que a obrigação de prestá-los constitui matéria de ordem pública e só nos casos legais pode ser afastada, devendo subsistir até decisão final em contrário. Mesmo que a ação venha a ser julgada improcedente, não cabe a restituição dos alimentos provisórios ou provisionais. Quem pagou alimentos pagou uma dívida, não se tratando de simples antecipação ou empréstimo. Como acentua Pontes de Miranda, os alimentos recebidos não se restituem, ainda que o alimentário venha a decair da ação na mesma instância, ou em grau de recurso: alimenta *decernuntur, Nec teneri ad restitutionem praedictorum alimenturum, in casu quo victus fuerit*. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**, cit v. III. p.218.

⁵ O art. 187 do CC positivou em nosso ordenamento a figura do ato ilícito por equiparação. Diz a lei: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites

Entretanto, nessa pequena digressão diante da legislação recém-criada, a lei pode constituir-se num desestímulo à procriação, interferindo no princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, da CF/88).

A tal conclusão chega-se por intermédio de um exemplo prático: A, servidor público de classe média baixa, casa-se com uma empresária do ramo imobiliário, cujo patrimônio estima-se na ordem de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). A, no entanto, possui uma renda de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). No curso da gravidez, brigam e separam-se: a par da diferença de capacidade econômica de ambos, quebrando o tradicional princípio ou binômio da possibilidade-necessidade, está presumido que o homem terá de pagar alimentos gravídicos à mulher, ainda que não saibamos as razões ou as causas da separação de ambos, ou seja, qual deles teria violado os deveres inerentes à relação conjugal, também baseada na culpa de um dos consortes (art. 1.573 do CC). A interpretação aqui exposta nada mais é que a decorrente da própria redação legal, que fixou o verbo no imperativo (fixará). Cabe frisar que, enquanto os alimentos tradicionais ainda são fixados de acordo com a culpa (basta ver o caso dos alimentos necessários, ex vi do art. 1.694, § 2º, do CC), os gravídicos não: “Pague simplesmente porque deve pagar, ainda que o filho não seja seu”. Portanto, o princípio da possibilidade-necessidade, nos moldes da lei, restou um tanto mitigado, pois a existência de indícios da paternidade já é o suficiente para compelir o suposto pai ao pagamento de alimentos, ficando a questão da necessidade restrita ao quantum que se deve pagar.

São essas as nossas breves considerações, ainda que outros entendimentos venham a surgir, o que revelará se o escopo da lei realmente atendeu ou não, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, na vertente da solidariedade, fundamento-mor da obrigação alimentar.

_____ impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Trata-se, sem dúvida, de um dos artigos mais importantes do Código. Primeiramente, por abrigar quatro princípios fundamentais (boa-fé, bons costumes, fim social e fim econômico); depois, por demonstrar que o titular de um direito subjetivo também sofre limites em seu exercício e deve atentar para que tal ato não se converta em ilícito, ensejando reparação civil. O abuso do direito é o ato lícito no antecedente e o ilícito no conseqüente. É aquele praticado dentro do direito do indivíduo, porém com excesso nos meios. Fartos exemplos são encontrados nos direitos de vizinhança. Abusa de seu direito o vizinho que, dentro de um pequeno apartamento, cria dez cachorros de grande porte; abusa de seu direito o vizinho que cava desnecessariamente profundo poço, esgotando, assim, o manancial alheio etc. O exemplo clássico, entretanto, é de Planiol e Ripert, aludindo ao caso de um vizinho que, com lanças enormes, impedia o sobrevôo de balões com passageiros, prática freqüente na região. Seu objetivo era vender o terreno com preço elevado.



3.3.2 Adoção internacional: uma reflexão

Magda Garcia Dantas Lobo

*Assistente Social Judicial - Vara da Infância e Juventude
de Governador Valadares/MG*

Especialista em Serviço Social e Política Social - UNB

Formação em Terapia Familiar

Abordagem Sistêmica - HOLON

*Especialista em Violência Doméstica
Contra Crianças e Adolescentes - USP*



A inspiração para escrever este texto começou a partir da nossa experiência de 14 anos, na área da adoção, como Assistentes Sociais e Psicólogos da Comarca de Governador Valadares/MG.

O trabalho com as famílias adotivas nos ensinou que os vínculos afetivos nascem no coração e são construídos na *oficina da vida*. Para muitas famílias, a etnia, a cultura, o sexo, a idade ou qualquer particularidade da criança são fatores que não configuram empecilho para a sua adoção. A somatória disso tudo, ao contrário do imaginário coletivo, transforma-se em elementos propiciadores de aprendizado. Partindo desse princípio e fundamentados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 –, propomo-nos a elaborar uma reflexão sobre nossa atuação na adoção internacional.

Vale ressaltar que as famílias estrangeiras e brasileiras residentes no exterior, antes de virem ao Brasil, passam por um criterioso procedimento que visa certificar a idoneidade para adotar uma criança estrangeira com demandas específicas: sua história de vida, abrigo, características somáticas, vínculos fraternos e muitas outras demandas. Habilitados, a Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA), através de regras de procedimento, indica a criança cujo juiz decretou sua disponibilidade para adoção. Essa autorização para adotar é feita através de um laudo de habilitação, documento que oferece respaldo e segurança aos juízes para iniciar o processo de adoção.

Acreditando que a adoção internacional se constitui uma alternativa para certas crianças que não tiveram a chance de se desenvolverem no seio de uma família brasileira, nossa atuação técnica ao longo desses anos nos mostrou que a diferença entre a cultura do país de origem dos adotantes e a do nosso país se constituiu um fator importante, mas não prioritário no processo de adoção. Não se pôde, nesse processo, desprezar o fato de que os adotantes chegavam à cidade com vários sonhos e fantasias em relação à adoção, que os motivaram a atravessar o oceano em busca do filho, o qual foi desejado, mesmo antes de ser conhecido. Esse desejo superava as diferenças culturais, a inexistência de laços consanguíneos e as semelhanças físicas, havendo, portanto, um grande investimento afetivo e emocional.

Na verdade, promovemos uma aproximação

e adaptação entre pessoas estranhas. Por isso, para o êxito da adoção, seria essencial o conhecimento das particularidades relativas à inserção da criança em família substituta e das dificuldades que surgem na construção de laços afetivos desse tipo de filiação adotiva.

De um lado, foi preciso compreender que os adotantes, plenos de idealizações, costumavam esconder fatos do cotidiano familiar, temendo serem reprovados pelos técnicos e escamoteavam seus sentimentos, temendo serem rejeitados pela criança. Ainda que tivessem se visto através de fotos e tomado conhecimento da história da criança através dos relatórios psicossociais, eles estavam diante de um ser que não conheciam. Por isso, as responsabilidades pareciam demasiadamente pesadas, os adotantes sentiam medo de não serem bons pais e de não terem forças ou capacidades suficientes para enfrentar as adversidades inerentes ao processo de vinculação afetiva.

De outro lado, foi necessário perceber que a criança que estava lidando com perdas, lutos e abandonos. Sua vida foi marcada pela dor e falta de afeto. Além disso, ela foi surpreendida pela oportunidade de ganhar novos pais, possibilidade que muitas vezes nem ao menos era vislumbrada. Por isso, os cuidados que recebia dos adotantes poderiam representar para ela uma enorme diferença em relação ao que até então conhecia. Portanto, não se podia exigir um amor filial, sem que antes a criança adquirisse a confiança e segurança de saber que aqueles seriam seus verdadeiros pais.

No caso da adoção internacional, observamos que as mudanças eram mais significativas quando havia uma diferença cultural entre o sistema de valores das práticas paternas do país dos adotantes e o do nosso país. Tudo isso, muitas vezes, dificultava nossa interpretação do sistema familiar. Assim, foi necessário buscar apoio e orientação para o esclarecimento das nossas dúvidas, facilitando a intervenção técnica e amenizando as ansiedades e angústias dos adotantes.

Durante a fase de adaptação familiar, observamos que a criança, por ter vivido muito tempo no abrigo, trazia consigo uma carga emocional marcada por carências. Ela foi anulada em suas emoções e perdeu seu único ponto de referência. Viviam num ambiente onde a disciplina, a obediência e a submissão eram valorizadas e, com a adoção, passa a ter de enfrentar novos desafios: adaptar-se a outro espaço físico, construir novos laços afetivos, conhecer outro estilo de vida e aprender novo idioma. Por isso, costuma apresentar dificuldades para aceitar a possibilidade de ser amada.

Nesse contexto, inicialmente, a criança manifestava



variados comportamentos e atitudes. Por ter sido privada de sua individualidade, acumulou vontades não satisfeitas, as quais ela mesma ignorava. De repente descobriu que podia ter *coisas só suas*, bastando solicitar o que queria aos pais adotivos para que fosse atendida. Por isso pedia, sem medida, carinho, atenção e bens materiais. Fazia tudo para agradar, ou desafiava as regras para testar os futuros pais, na tentativa de se certificar de que gostavam dela, mesmo fazendo coisas erradas. Mentia, ficava agitada ou inquieta, ou até manifestava comportamento regredido para sua idade.

Constatamos que, no ambiente familiar, eram normais as sondagens, a desconfiança e a insegurança de ambas as partes. Bons e maus momentos eram inerentes ao processo de adaptação. Desse modo, assim que os adotantes, com paciência e tolerância, entendiam a crise, o relacionamento ficava mais carinhoso e todos se tornavam cúmplices na relação afetiva.

Observamos que as dificuldades que ocorriam durante o estágio de convivência eram muito semelhantes àquelas que aparecem nas famílias biológicas. E, de qualquer forma, mesmo a vivência de tais dificuldades é muito menos dolorosa do que a solidão, o vazio, a falta de identidade e a ausência de vínculos que uma criança experimenta estando abrigada.

3.3.3 Breves comentários sobre a guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/2008

Leonardo Barreto Moreira Alves

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

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC/MG

Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)

“Quem ama cuida; cuida de si mesmo, da família, da comunidade, do país – pode ser difícil, mas é de uma assustadora simplicidade e não vejo outro caminho”.
(Lya Luft)

A Lei nº 11.698/2008, de 13 de junho de 2008, que passou a entrar em vigor 60 (sessenta) dias após a sua publicação, veio a consagrar expressamente no Código Civil brasileiro o tão elogiado instituto da guarda compartilhada. Não obstante ele já fosse amplamente aceito pela doutrina e aplicado na prática pela jurisprudência, certo é que o reconhecimento legislativo, como sói ocorrer, pacificou, em definitivo, as discussões acerca da existência de tal instituto.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a guarda

Assim, cada adoção é única e envolve complexas relações humanas de afeto, não estando sujeita a fórmulas ou receitas. Mas as experiências vivenciadas e as emoções sentidas são universais para todos que tenham sido tocados pelo amor, pela esperança e pela alegria de construir uma nova história.

Bibliografia:

- Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

- RESOLUÇÃO Nº 239/1992 (Alterada pela Resolução nº 277/1995) (Revogada pela Resolução nº 557/2008) Dispõe sobre a criação da “Comissão Estadual Judiciária de Adoção” CEJA-MG e sua regulamentação.

- WEBER, L.N.D. Laços de ternura. Curitiba: Santa Mônica, 1998.

- WEBER, L.N.D. & Kossobudzki, L.H.M. Abandono e institucionalização de crianças. In: Freire, Fernando. (Org.). Abandono e Adoção II. Curitiba: Terre desHommes, 1994.

- WEBER, L.N.D. & Kossobudzki, L.H.M. Filhos da solidão: institucionalização, abandono e adoção. Curitiba: Governo Estado do Paraná, 1995.

compartilhada implica exercício conjunto, simultâneo e pleno do poder familiar, afastando-se, portanto, a dicotomia entre guarda exclusiva, de um lado, e direito de visita, do outro. A partir dessa medida, fixa-se o domicílio do menor na residência preferencial de um dos genitores, mas ao outro é atribuído o dever de continuar cumprindo intensamente o poder familiar, através da participação cotidiana nas questões fundamentais da vida do seu filho, tais como estudo, saúde, esporte e lazer, o que vem a descaracterizar a figura do “pai/mãe de fim-de-semana”.

É certo que a guarda compartilhada não elimina, por exemplo, a clássica obrigação de pagamento de pensão alimentícia a ser assumida por um dos genitores. Não obstante, ela visa essencialmente ampliar os horizontes da responsabilidade dos pais, fomentando, em verdade, uma co-responsabilidade, uma pluralidade de responsabilidades na educação do filho, enfim, uma colaboração igualitária na condução dos destinos do menor.

Analisando com precisão cirúrgica esse fenômeno, a Professora Maria Berenice Dias leciona:

Guarda conjunta ou compartilhada significa





mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à **pluralização de responsabilidades**, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual [...]. (DIAS, 2006, p. 361-362).

Como é cediço, inúmeros são os efeitos traumáticos provocados pela dissolução do casamento/união estável no desenvolvimento psíquico dos filhos menores e um deles, notadamente, é a perda de contato freqüente com um dos seus genitores. Nesse sentido, verifica-se que a guarda compartilhada pretende evitar esse indesejado distanciamento, incentivando, ao máximo, a manutenção dos laços afetivos entre os envolvidos acima referidos, afinal de contas pai (gênero) não perde essa condição após o fim do relacionamento amoroso mantido com o outro genitor (gênero) do seu filho, nos termos do art. 1.632 do Código Civil.

Nesse contexto, impende esclarecer que a guarda compartilhada não pode jamais ser confundida com a chamada *guarda alternada*: esta, não recomendável, tendo em vista que tutela apenas os interesses dos pais, implica em exercício unilateral do poder familiar por período determinado, promovendo uma verdadeira divisão do menor, que convive, por exemplo, quinze dias unicamente com o pai e outros quinze dias unicamente com a mãe; aquela, por sua vez, altamente recomendável, pois tutela os interesses do menor, consiste no exercício simultâneo do poder familiar, incentivando a manutenção do vínculo afetivo do menor com o genitor com quem ele não reside.

De outro lado, a guarda compartilhada também tem o importante efeito de impedir a ocorrência do *Fenômeno da Alienação Parental* (e a conseqüente *Síndrome da Alienação Parental*), processo pelo qual um dos genitores, geralmente a mãe, se utiliza dos seus próprios filhos como “arma”, instrumento de vingança e chantagem contra o seu antigo consorte, atitude passional decorrente das inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca do mesmo, a qual é fomentada, de inúmeras formas, pelo primeiro, proporcionando graves abalos na formação psíquica de pessoas de tão tenra idade. Ora, em sendo o poder familiar exercido conjuntamente, não há que se falar em utilização do menor por um dos genitores como instrumento de chantagem e vingança contra o genitor que não convive com o filho, situação típica da guarda

unilateral ou exclusiva.

Com efeito, essas são justamente as duas grandes vantagens da guarda compartilhada: o incremento da convivência do menor com ambos os genitores, não obstante o fim do relacionamento amoroso entre aqueles, e a diminuição dos riscos de ocorrência da alienação parental. Desse modo, constata-se que, em verdade, a guarda compartilhada tem como objetivo final a concretização do *princípio do melhor interesse do menor*.

Feitos esses esclarecimentos introdutórios, volvemos a mirar nossa atenção no teor da Lei nº 11.698/2008, com a finalidade de analisar se as alterações por ela promovidas no Código Civil foram ou não benéficas, atendem ou não o princípio do melhor interesse do menor.

Primeiramente, registre-se que a lei acrescenta o § 1º ao art. 1.583 do *Codex*, trazendo no seu bojo o conceito de guarda compartilhada, nestes termos:

Compreende-se por [...] guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Nota-se que o conceito alhures transcrito, praticamente em sua íntegra, vai de encontro com o conceito já apresentado no início deste trabalho. Não obstante, o conceito legal possui uma falha que merece ser apontada, ainda que de passagem: ele restringe o exercício da guarda compartilhada aos pais, vedando a utilização deste instituto por outras pessoas que eventualmente venham a cuidar dos menores, vedação esta que se distancia do conceito moderno de família, onde os vínculos de parentesco são muito menos jurídicos, muito mais afetivos (parentesco sócio-afetivo).

A nosso sentir, para que não seja afastada a possibilidade de guarda compartilhada ora em apreciação, não deve ser feita uma interpretação restritiva, taxativa, do art. 1.583, § 1º, do Código Civil, mas sim extensiva; permitindo-se, portanto, a participação de terceiros nesta modalidade de guarda, a exemplo de tios, padrinhos etc, conforme inclusive já consagrado pela jurisprudência. Com esse fim, o dispositivo em questão deve ser lido ao lado do teor do art. 1.584, § 5º (antigo art. 1.584, parágrafo único), segundo o qual:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Prosseguindo na análise da novel legislação, verifica-se que o art. 1.584 do Código foi profundamente alterado por ela. Em um primeiro momento, afirma-se



que a guarda compartilhada (ou unilateral também) pode ser decretada *por requerimento consensual dos pais ou de qualquer deles* (inciso I: “requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar”) ou ainda *judicialmente* (inciso II: “decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe”).

Não há que se duvidar que a tarefa de aplicação da guarda compartilhada torna-se muito mais fácil quando há consenso entre os pais a respeito desse instituto. Para tanto, eles devem estar completamente cientes das responsabilidades que irão cumular e, principalmente, dos benefícios que a medida trará aos filhos menores. Atento a tudo isso, o art. 1.584, § 1º, passa a estatuir que “Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas”.

O ponto nevrálgico da guarda compartilhada, pelo menos para parte da doutrina civilista, diz respeito à aplicação da medida justamente quando não ocorrer o consenso acima mencionado. Nesse trilhar, diante da existência prévia de litígio entre os pais dos menores, não seria recomendável a fixação desta espécie de guarda, sob pena não só de frustração da medida, mas, sobretudo, de violação do melhor interesse dos filhos.

É com esse fundamento que parcela da doutrina vem criticando o teor do art. 1.584, § 2º, do Código Civil, que assim dispõe: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

No entender dessa corrente, tal dispositivo, ao estabelecer como regra geral a guarda compartilhada na hipótese de inexistência de acordo entre os pais (por determinação judicial, portanto), implicaria um franco retrocesso, pois o art. 1.584, em seu *caput*, antes da alteração feita pela lei, determinava que, nesse caso, a guarda dos filhos seria “[...] atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”, o que resguardaria com mais eficiência o melhor interesse do menor.

Em resumo, seria um grave erro impor a guarda compartilhada como regra geral em não havendo acordo entre os pais sobre ela, pois seria enorme o risco de frustração dessa medida nessa hipótese, motivo pelo qual deveria ser mantida a regra geral anterior, mais condizente com o princípio do melhor interesse do menor.

Destarte, o problema apontado por essa parcela da doutrina é apenas aparente.

De fato, a redação do art. 1.584, § 2º, do Código Civil é, sem dúvida nenhuma, a maior inovação trazida

pela Lei nº 11.698/08. Em verdade, tal dispositivo pretendeu afastar a guarda unilateral (mesmo aquela exercida por “quem revelar melhores condições”, como afirmava o antigo art. 1.584, parágrafo único) como regra geral, substituindo-a pela guarda compartilhada.

Essa mudança da regra geral de estipulação da guarda judicial deve ser intensamente comemorada, pois, como já visto ao longo deste trabalho, a guarda compartilhada, por diversos motivos, é aquela medida que mais se coaduna com o princípio do melhor interesse do menor.

A existência de litígio entre os pais não prejudicará o sucesso da guarda compartilhada. Isso porque, para a aplicação desta medida na referida hipótese, exige-se previamente a realização da mediação interdisciplinar, meio altamente eficaz para a resolução de conflitos familiares. Apenas e tão-somente no caso de insucesso da mediação, algo que, na prática, se verifica pouco provável, é que se recorrerá à medida excepcional da guarda unilateral, desde que com os parâmetros definidos no art. 1.584, § 5º (será atribuída a quem revelar compatibilidade com a natureza da medida), tudo em proteção ao melhor interesse do menor.

É com esse raciocínio que deve ser lida a expressão “sempre que possível”, indicada no art. 1.584, § 2º, ou seja, em caso de inexistência de acordo entre os pais sobre a guarda do filho, valerá a regra geral da guarda compartilhada, sempre que a mediação previamente feita conseguir semear terreno fértil para a sua consecução, conseguir que o conflito existente entre os genitores, se não for solucionado, pelo menos não interfira no cumprimento conjunto do poder familiar; em não acontecendo tal êxito, aí sim a guarda compartilhada não será possível, devendo ser aplicada a medida excepcional da guarda unilateral, com os ditames estipulados pelo já citado § 5º do art. 1.584.

Com a finalidade de reforçar esse posicionamento, o art. 1.584, § 3º, assevera que “Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar”. Assim, na hipótese do art. 1.584, § 2º, antes da aplicação da guarda compartilhada, deve ser realizada necessariamente a mediação interdisciplinar. A nosso ver, quando o dispositivo afirma que o juiz poderá, na verdade, está a criar um *poder-dever* para ele, ou seja, desde que imprescindível (caso do art. 1.584, § 2º), o magistrado tem o dever de determinar a prática da mediação interdisciplinar, tanto assim que é possível a sua atuação *de ofício*, sem qualquer tipo de violação ao princípio da inércia.

Aliás, por faltarem conhecimentos técnicos ao juiz para resolução de conflitos deste *jaez*, não poderia ser outra a alternativa proposta pela lei a não ser impor a prática da mediação interdisciplinar como etapa



prévia da aplicação da guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais sobre esta matéria.

Em síntese, *é positiva a modificação patrocinada pela Lei nº 11.698/2008 ao substituir a regra geral da guarda unilateral a quem revelar melhores condições para exercê-la (antigo art. 1.584, parágrafo único) pela guarda compartilhada (atual art. 1.584, § 2º), por ser essa medida a que mais atende ao princípio do melhor interesse do menor.* Na hipótese de não haver acordo entre os pais sobre tal medida, ela será aplicada “sempre que possível”, ou seja, *sempre que for proveitosa a mediação interdisciplinar*, a qual deverá ser determinada pelo magistrado. Entretanto, se não houver sucesso na mediação, será aplicada a medida excepcional da guarda unilateral, obviamente a quem relevar compatibilidade com a natureza desta medida, nos termos do art. 1.584, § 5º, tudo em atenção ao melhor interesse do menor.

Embora a lei em análise deva ser comemorada pela comunidade jurídica nacional, ela comete um grave erro ao determinar que o art. 1.584, § 4º, tenha a seguinte redação: “A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”. Esse dispositivo fere de morte o princípio do melhor interesse do menor, pois se preocupa muito mais em punir uma conduta irregular dos pais do menor, ignorando que essa punição, na verdade, prejudicará sensivelmente o desenvolvimento do filho, que perderá tempo precioso de convívio com seus genitores.

Concluindo, não obstante suas falhas, as quais devem ser apontadas para aprimoramento da sua aplicação, a Lei nº 11.698/2008, por tudo quanto discutido neste trabalho, deve ser bem recebida pela comunidade jurídica nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 29-39.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.4.1 MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007. 109p.

Nessa obra, Daniel Mitidiero usa a sua característica predileção pelos grandes debates jurídicos para escrever sobre os vários institutos do processo civil, passando pelas lentes dos direitos fundamentais. Na primeira parte do livro, traz um excelente estudo sobre os quatro modelos de Estado e os instrumentos que cada uma dessas ordens jurídicas ligam a cada uma dessas experiências históricas para implementar o Império do Direito (*Rule of Law* com e sem codificação, *Rechtsstaat* e *État de Droit*). A partir daí, diz o autor:

[...] caracterizo o Estado Constitucional brasileiro como um misto dessas experiências (a nossa “mulatez cultural” também aí se revela nítida e profícua), destacando a importância do controle difuso de constitucionalidade e o seu significado democrático-participativo na construção de uma ordem jurídica preocupada com a cotidiana atualidade dos direitos fundamentais (p. 10).

Em comentário à obra, Luiz Guilherme Marinoni também escreveu:

O processo não pode deixar de ser estudado no quadro do Estado Constitucional, uma vez que ao constituir instrumento mediante o qual o Estado deve se desincumbir de seu dever de dar proteção aos direitos, obrigatoriamente tem de permitir a compreensão e o ajuste da legislação processual com base nos direitos fundamentais, que conferem marca ao Estado Constitucional (orelha da capa).

Com uma indicação bibliográfica refinada, Daniel Mitidiero explora os seguintes temas, entre outros:



Estado Constitucional brasileiro, Controle de Constitucionalidade e Processo Civil no Brasil: do *Iustum Iudicium* à Constituição de 1988; a Multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, do CPC): resposta à Crítica de José Tesheiner; Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art. 273, § 6º, CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, CRFB); Direito fundamental à tutela jurisdicional satisfativa interinal de urgência no Estado Constitucional e o caso paradigmático do Direito Ambiental; Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia.

B) Artigos

3.3.4.2 CRUZ, Juliana Lopes da. Considerações sobre o destino do agravo de instrumento na superveniência da sentença. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 34, n. 169, p. 251-267, mar. 2009.

Nesse artigo, a autora tece interessantes comentários sobre o Recurso Especial nº 742512/DF, julgado no STJ em 11.10.05 pelo Min. Castro Meira, em que se “(...) enfrenta a discussão sobre o destino a ser dado ao agravo de instrumento que ainda não foi julgado, após proferida a sentença que o originou” (p. 253). Da ementa do julgado, observamos que:

1. A superveniência da sentença no processo principal não conduz, necessariamente, à perda do objeto do agravo de instrumento. A conclusão depende tanto “do teor da decisão impugnada, ou seja, da matéria que será examinada pelo tribunal ao examinar o agravo, quanto do conteúdo da sentença” (O destino do agravo depois de proferida a sentença. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Série 7. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier – coordenadores. São Paulo: RT, 2003).
2. A questão soluciona-se pela aplicação de dois critérios: a) o da hierarquia, segundo o qual a sentença não tem força para revogar a decisão do tribunal, razão por que o agravo não perde o objeto, devendo ser julgado; b) o da cognição, pelo qual a cognição exauriente da sentença absorve a cognição sumária da interlocutória. Nesse caso, o agravo perderia o objeto e não poderia ser julgado.
3. Se não houver alteração do quadro, mantendo-se os mesmos elementos de fato e de prova existentes quando da concessão da liminar pelo tribunal, a sentença não atinge o agravo, mantendo-se a liminar. Nesse caso, prevalece o critério da hierarquia. Se, entretanto, a sentença está fundada em elementos que não existiam ou em situação que afasta o quadro inicial levado em consideração pelo tribunal, então a sentença atinge o agravo, desfazendo-se a liminar.
4. Trata-se de medida cautelar no curso da qual não houve alteração do quadro probatório, nem qualquer fato novo, entre a concessão da liminar pelo tribunal e o julgamento de improcedência do pedido do autor. Prevalência do critério da hierarquia. Agravo de instrumento não prejudicado.

O texto é bastante elucidativo e traz várias reflexões acerca do tema. Ao final, a autora pondera, ainda, se as alterações na sistemática recursal inauguradas pela Lei nº 11.187/2005 teriam posto fim a essa controvérsia quanto ao destino do agravo de instrumento pendente de julgamento ao tempo da prolação da sentença.

3.3.5 Jurisprudência da área

3.3.5.1 TRF 4ª Região, 6ª Turma. Pensão por morte. Rateio entre a viúva e a concubina. Nova concepção do conceito de família

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. RATEIO. ESPOSA E CONCUBINA. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE CONFIGURADA. 1. A concepção acerca da família, é consabido, sofreu significantes variações ao longo dos tempos, tendo sido moldada conforme os anseios de cada época. Neste processo evolutivo, algumas de suas características foram preservadas, outras, por não se adequarem mais à realidade social, restaram superadas. Tal processo de adaptação resultou no que hoje se entende por família. 2. Etapa importante do referido processo evolutivo ao qual a família vem se submetendo encontrou eco e reprodução no mundo jurídico, impondo sua representação na Constituição Federal de 1988, cujas inovações conferiram status de família à união estável e aos núcleos monoparentais, pondo-se, desta forma, fim ao conceito “matrimonializado” de família (art. 226 e §§ da CF/88). Neste diapasão, a afetividade, consubstanciada com a estabilidade (relacionamentos duradouros, o que exclui os envolvimentos ocasionais) e a ostentabilidade (apresentação pública como unidade familiar) passa a servir de lastro para a conceituação da família contemporânea. 3. Na atualidade, a família tem sido alvo de profundas reflexões, as quais vêm resultando em modificações no modo de pensá-la e defini-la. Não se



trata de questionar a instituição familiar em si, mas sim a forma que adquiriu como resultado do processo histórico que desembocou nos padrões sociais atuais. 4. Com a imposição legal da igualdade entre homens e mulheres, bem como em virtude da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, constatou-se a relevância de se adequar o conceito do modelo familiar, já não mais nos moldes tradicionais. A reformulação jurídica do conceito de família, desta forma, é mero reflexo das inovações ocorridas no cenário social. 5. O momento atual, no que concerne ao modelo familiar, é de transição. Busca-se consolidar um novo formato a ser conferido à família, tendo o ordenamento jurídico pátrio passado a sofrer alterações significativas, a fim de se adequar aos novos anseios da sociedade. Neste sentido, a CF/88 representou um marco evolutivo nesse processo de adaptação, ampliando o conceito de família e passando a servir de norte para todas as normas infraconstitucionais. 6. A admissão de outros modelos familiares que não o lastreado no casamento é resultado da alteração da base ideológica de sustentação da família. Procura-se hoje considerar a presença do vínculo afetivo e protetivo como fator determinante para a enumeração dos núcleos familiares. Admitida a afetividade como elemento essencial dos vínculos familiares, aqui vista também como a intenção de proteção mútua, resta saber até que ponto os relacionamentos humanos nos quais tal sentimento esteja presente podem vir a ser rotulados de família, sendo, conseqüentemente, abarcados pelas normas jurídicas que tutelam os indivíduos que a constituem. 7. Entende-se por concubinato puro a modalidade de envolvimento afetivo, entre homem e mulher, que obedeça os ditames sociais. Trata-se de verdadeiro casamento não oficializado, uma vez que atende a todas as condições impostas à sua celebração e os envolvidos se comportam como se casados fossem, lhes faltando apenas o reconhecimento estatal. Já o concubinato impuro, por sua vez, refere-se a todo e qualquer envolvimento afetivo que se estabeleça em afronta às condições impostas ao casamento, condições estas materializadas nos impedimentos matrimoniais. 8. A princípio, dentro do quadro evolutivo jurídico, marcado pela valorização do afeto e superação de formalismos, parece ter sido preservada a vigência do princípio jurídico da monogamia. Isto porque não se pode olvidar que o modelo monogâmico ainda é o que melhor atende às aspirações da sociedade contemporânea, garantindo a estabilidade necessária à educação da prole e ao desenvolvimento do homem na qualidade de agente econômico, político e social. 9. Nessa linha de raciocínio, o reconhecimento de direitos previdenciários decorrentes de concubinato impuro depende de uma série de requisitos que demonstrem cabalmente a existência de dois relacionamentos (casamento e concubinato) que em praticamente tudo se assemelhem, faltando ao segundo tão-somente o reconhecimento formal. Deve ser levado o efetivo “ânimo” de constituição de uma unidade familiar para fins de proteção mútua e estatal, com suas respectivas variáveis, tais como eventual dependência econômica, tempo de duração da união, existência de filhos, etc. Do contrário, deve prevalecer o interesse da família legalmente constituída. 10. Na hipótese dos autos, correta a sentença que determinou o rateio da pensão entre esposa e concubina, eis que restou demonstrado pela autora que seu relacionamento de mais de duas décadas com o de cujus se revestia dos requisitos necessários para a caracterização da união estável constitucionalmente protegida. (TRF 4ª Região, 6ª Turma, Apelação/Reexame Necessário nº 200571000100884/RS, Rel. Des. Fed. Alcides Vettorazzi, j. 29.10.2008, DJ 06.11.2008).

3.3.5.2 STF, 1ª Turma. *Interposição de recurso extraordinário. Indicação expressa do dispositivo legal (alínea) autorizador do recurso. Obrigatoriedade*

EMENTA: PROCESSO CIVIL. PROPAGANDA ELEITORAL. USO DE BEM PÚBLICO. OFENSA REFLEXA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. DISPOSITIVO AUTORIZADOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INDICAÇÃO. AUSÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II - Matéria que demanda a análise de fatos e provas, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. III - A indicação correta do dispositivo constitucional autorizador do recurso extraordinário - artigo, inciso e alínea - é requisito indispensável ao seu conhecimento, a teor do art. 321 do RISTF e da pacífica jurisprudência do Tribunal. IV - Agravo regimental improvido. (STF, 1ª Turma, AI-AgR 676497/PA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 10.06.2008, DJe 27.06.2009).

3.3.5.3 STF, 1ª Turma. *Interposição de recurso extraordinário. Indicação expressa do dispositivo legal (alínea) autorizador do recurso. Dispensa*

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INDICAÇÃO DA ALÍNEA QUE FUNDAMENTA A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, se da leitura das razões recursais for possível identificar a alínea que teria fundamentado a interposição do recurso extraordinário, não se deve aplicar o rigor do art. 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. Incabível recurso contra decisão que determina a subida dos autos do recurso extraordinário para

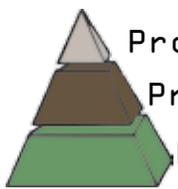


melhor exame, excetuando-se a hipótese de má-formação do agravo de instrumento, que não é o caso dos autos. (STF, 1ª Turma, AI-AgR 682393/DE, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29.04.2008, DJe 13.06.2008).¹

3.3.5.4 TJMG, 17ª Câmara Cível. Abandono afetivo. Indenização por danos morais. Impossibilidade

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. O afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto, e, assim o sendo, não há falar em dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil. (TJMG, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0499.07.006379-1/002(1), Rel. Des. Luciano Pinto, j. 27.11.2008, DJ 09.01.2009).

¹ No mesmo sentido: 1. RECURSO. Agravo. Regimental. Recurso extraordinário interposto sem a indicação da alínea “a” do inc. II do art. 102 da Constituição Federal. Art. 321 do RISTF. Agravo regimental não provido. Há a mitigação do rigor formal exigido pelo art. 321 do RISTF quando das razões recursais é possível aferir violação ao texto constitucional. (STF, 2ª Turma, RE-AgR 378186/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 07.11.2006).



3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 O STF e a interpretação neokantista do Direito Penal

Dermeval Farias Gomes Filho

Professor de Direito Penal - Fortium

Professor de Direito Penal - Escola da Magistratura do DF

Professor de Direito Penal - Fundação

Escola Superior do MPDFT

Promotor de Justiça do MPDFT

Em decisões recentes, o STF tem alterado posicionamentos anteriores e inovado com interpretações de temas ligados ao Direito Penal. Tal fenômeno pode ser compreendido como uma filtragem constitucional do Direito Penal ou, de outro modo, como um retorno ao modelo interpretativo de acentuado subjetivismo do neokantismo em razão de soluções, aparentemente, afastadas do mundo do ser, com imprecisões nas posições e divergências entre as turmas, sem uniformização jurisprudencial.

Como fonte, os temas e julgados seguintes servem para a análise crítica:

a) insignificância e uso de drogas por militar: nos HCs 92.961/SP de 11/12/07 e 94.809/RS de 12/08/08, o STF aplicou o princípio da insignificância no uso de drogas de militar. Em seguida, afastou esse entendimento, de forma liminar, no HC 94.685 de 09/09/2008, o qual foi submetido ao Pleno, com novo exame no INFO 526 de 30/10/2008, ainda sem decisão final;

b) maus antecedentes penais: no AI- AgR 60.4041 de 08/07, reconheceu inquéritos e processos em andamento podem constituir maus antecedentes(1), depois, ante a divergência entre as Turmas, a questão foi submetida ao Pleno com os HCs 94.620 e 94.680 em 14/10/2008. Enquanto o Pleno não se pronuncia, a 1ª Turma entendeu, no HC 95.585 de 11/11/2008, que os “maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva”.

c) continuidade delitiva e crime da mesma espécie: no HC 89.770 de 10/10/2006, a 2ª Turma afirmou que a jurisprudência da Corte está sedimentada no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor configuram concurso material e não crime continuado. Entretanto, no HC 89.827 de 27/02/2007, ante o empate na votação, a 1ª Turma reconheceu a continuidade delitiva entre

esses crimes. Em seguida, na decisão de 04/11/2208, no HC 94.714/RS (INFO 527), a 1ª Turma negou a continuidade delitiva entre o 213 e 214, afirmando a existência de concurso material, sem enfrentar a questão atinente aos critérios do bem jurídico e do tipo penal(2).

Sem dizer se essas decisões anteriores são certas ou erradas, o objetivo deste pequeno artigo é buscar identificar esse modelo interpretativo. Num primeiro olhar, a atuação do STF, nos casos apontados, pode ser vista como verdadeira interpretação constitucional do Direito Penal, afastando-se do modelo dogmático puro e ingressando em valorações que possibilitam a justiça no caso concreto. Seria um modelo axiológico com suporte nos princípios constitucionais penais, os quais guiam a política criminal do Estado, numa visão funcionalista racional-teleológica do sistema penal. Nas palavras de Claus Roxin:

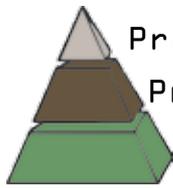
Parto da idéia de que todas as categorias do sistema do Direito Penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais, que, entretanto, não contém ainda a solução para os problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à ‘matéria jurídica’, aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade.(3)

Nessa perspectiva, a nova interpretação do sistema penal, com o uso cada vez mais constante de princípios constitucionais explícitos e implícitos, seria uma mitigação do modelo ontológico finalista, consagrado na Parte Geral do CP de 1984, com a introdução de avanços do funcionalismo teleológico funcional de Roxin no que atine à proposta de princípios políticos criminais como guias do sistema penal.

Com um segundo olhar, pode-se afirmar que a conclusão anterior não é tão clara. Isso porque os temas de Direito Penal, não uniformes na doutrina, não têm sido pacificados no STF, já que as decisões “inovadoras” não gozam de consenso entre as turmas e, quando a questão é submetida ao Pleno, não surge uma resposta célere para afastar a insegurança reinante na interpretação penal de normas incriminadoras.

A título de ilustração, quando se trata do princípio da insignificância, uns são absolvidos por atipicidade material, enquanto outros sofrerão as conseqüências da condenação, ou seja, mais restrição da liberdade para uns e menos para outros em situações fáticas idênticas.

Diante disso, parece existir atualmente um dualismo metodológico na interpretação penal do STF, semelhante ao que reinou no neokantismo, quando a subjetividade permitia soluções abstratas afastadas por completo da realidade concreta. É o dever ser que não se importa com o ser.



Foi característica do sistema causal neoclássico ou neokantista o tratamento das categorias dogmáticas com conteúdo valorativo, porém com uma desordem de conceitos, subjetivismo extremo, distanciamento por completo do mundo do ser e interpretações ancoradas unicamente no *dever ser*. Com isso, seu normativismo acentuado isolou a realidade do mundo dos valores, esqueceu-se de fazer a adequada interpenetração entre direito e realidade (dualismo metodológico). Houve desordem dos pontos de vista valorativos, consequência do relativismo valorativo(4).

Percebe-se, nessa segunda análise, que as contradições nos julgados citados acima não são diacrônicas, mas sim sincrônicas. Os primeiros representam mudanças jurisprudenciais em decorrência de alterações no modo de viver da sociedade, uma adaptação do direito à realidade social. Enquanto os segundos, também chamados de contrastes concomitantes, correspondem a duas ou mais formas de interpretação do mesmo dispositivo de lei.

No caso de divergências sincrônicas, percebe-se uma justiça que passa a imagem de indecisão e aparenta aos olhos do cidadão como incapaz de chegar a um acordo sobre determinado problema, mostra-se errática e flutuante, perde autoridade, torna-se desacreditada e é alvo de descrédito dos seus destinatários. Além disso, põe em risco a segurança jurídica e o princípio da igualdade, gerando sentimentos de confusão que perturbam o próprio exercício da ação penal.(5)

Não se propõe aqui a abolição da subjetividade na interpretação judicial, na linha de uma proposta arcaica de ser o juiz *a mera boca da lei*, sem possibilitar o exercício do juízo valorativo. Ora, é impossível a figura do julgador neutro(6). As convicções ideológicas, religiosas e sociais de cada magistrado influenciam a forma de operar o Direito. Somam-se a isso as mudanças da vida cotidiana, que propiciam a evolução da interpretação do Direito.

Todavia, malgrado o reconhecimento de que um modelo axiológico atrelado aos princípios constitucionais fundamentais seja crucial para a análise do Direito Penal consentâneo com o Estado Democrático de Direito, impera registrar, nos limites do tema examinado, que o STF não pode ignorar o caso concreto e os reflexos sociais das decisões exaradas no campo da segurança jurídica e da igualdade.

O Tribunal Constitucional, no ramo do Direito que trata da liberdade, para formar jurisprudência e dirimir divergências na interpretação, precisa decidir, de forma célere e coletiva, menos por turmas e muito menos por decisões monocráticas. A independência funcional é importante, contudo é mais valiosa a uniformidade de entendimento quando se cuida da

liberdade, afastando, assim, o tratamento desigual para situações idênticas. Esse modelo, embora difícil de ser alcançado, deve ser buscado pela Corte.

Por fim, extrai-se que o modelo atual de interpretação penal do STF pode ser contemplado de duas formas, quais sejam: uma simples filtragem constitucional do ordenamento infraconstitucional, com uma mitigação do finalismo e adoção, em parte, da proposta funcional racional-teleológica; ou, de outro modo, ante a imprecisão conceitual e as contradições sincrônicas, há um regresso ao acentuado subjetivismo neoclássico ou neokantista. Com os dados acima, fica difícil se afastar dessa última qualificação.

Notas

(1) O STJ tem posição consagrada em sentido diverso, ou seja, inquérito e processo em andamento não podem ser utilizados como maus antecedentes ante o princípio constitucional da presunção de inocência.

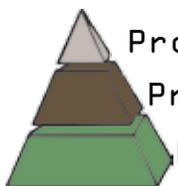
(2) A 6ª Turma do STJ, em decisões recentes, tem adotado a posição de que os crimes da mesma espécie são os que ofendem o mesmo bem jurídico, reconhecendo, assim, a possibilidade de continuidade delitiva entre os arts. 213 e 214, 157 e 158, todos do CP, conforme HC 99.810-SP (INFO 371) de 07/10/2008, REsp. 1.031.683-SP (INFO 375) de 06/11/2008.

(3) ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61.

(4) GRECO, Luís. **Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito**, Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 8, nº 32. São Paulo: RT, 2000, p. 126-127.

(5) GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial**. Do Princípio da Legalidade às Súmulas Vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 78.

(6) BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 282.



3.4.2 Reforma do Código de Processo Penal: o novo momento de recebimento da denúncia ou queixa

Felipe Fonseca Oliveira Rodrigues

Graduando em Direito na PUC/MG e em Filosofia na UFMG

Laís Mendes Oliveira

Graduanda em Direito na PUC

A recente reforma do Código de Processo Penal, com o escopo de compatibilizar o sistema processual com princípios e garantias constitucionais da Carta de 1988, acabou por trazer questões que ainda serão objeto de grande debate doutrinário e jurisprudencial. Como tudo que inova, que se propõe a atualizar, enquanto não se concluir pela melhor interpretação, haverá muito o que ser discutido.

O Código de Processo Penal vigente é datado de 1941 e, embora tenha sofrido algumas alterações ao longo desse tempo, premente era a necessidade de maiores modificações. Criado no Estado Novo, é, como todas as outras leis, resultado do seu tempo, com inspirações ideológicas, históricas e sociais.

Assim, foi instituída uma Comissão em 2000 para elaborar anteprojetos de reforma. Chefiada pela jurista Ada Pellegrini Grinover, contou com a colaboração de importantes juristas. Dos trabalhos dessa comissão, resultaram sete anteprojetos, que, por sua vez, originaram sete projetos de lei.

Dentre esses projetos, três já foram aprovados e vieram com o intuito de conferir maior celeridade aos procedimentos penais, evitando-se a impunidade, mas com a latente preocupação de resguardar os direitos do acusado. Dessa forma, a tentativa é fazer com que o Código de 1941 seja adequado à ordem constitucional vigente, na busca pela abolição dos traços inquisitivos e maior defesa dos direitos e garantias fundamentais, removendo, ainda, os excessos burocráticos.

A Lei nº 11.719/2008, dentre outras alterações, modificou substancialmente o procedimento ordinário, suscitando questões que merecem ser analisadas.

No rito ordinário antigo, após o recebimento da denúncia ou queixa pelo juiz, ocorria a citação do réu, sendo em seguida realizado o seu interrogatório e, posteriormente, ele poderia apresentar a sua defesa. Não existia contraditório prévio, mas após a instauração do processo.

Com a reforma introduzida, inverteu-se a ordem dos acontecimentos, de forma que a defesa do réu se opere antes do interrogatório e do recebimento da denúncia, em plena conformidade com o princípio constitucional do contraditório (CF, art.5º, inciso LV).

Tal alteração visou resguardar o acusado de alegações infundadas. A existência, por si só, de processo criminal é geradora de constrangimentos na sociedade, provocando um abalo emocional à pessoa imputada. Por isso, ouvi-la previamente se mostra fundamental. Além de permitir ao acusado, desde logo, demonstrar, por exemplo, sua inocência, o contraditório em momento anterior ao juízo de admissibilidade se coaduna com a proposta de celeridade, por abreviar demandas inúteis.

O legislador, porém, não foi feliz na nova redação do artigo 396, gerando uma aparente antinomia com o texto legal, em especial com o artigo 399.

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

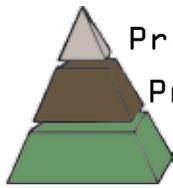
[...]

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

Os preceitos parecem estabelecer dois marcos para o recebimento da denúncia ou queixa. A controvérsia, então, seria se o recebimento ocorre após o oferecimento, como diz o artigo 396, ou após a citação e defesa preliminar, como consta no artigo 399. Uma coisa parece ser unívoca: não existem dois juízos de admissibilidade, dois momentos para o recebimento.

A conclusão de que o recebimento da denúncia ou queixa ocorre previamente, no momento do art. 396, porém, não parece estar em conformidade com os objetivos propostos pela reforma.

Como falado, há uma busca pela otimização de princípios, como o do contraditório, o da celeridade e economia processual e o do sistema acusatório, em uma leitura compatível com o Texto Constitucional. Por isso, esse primeiro recebimento deve ser entendido apenas como um mero acolhimento da peça inicial. Como assevera Cezar Roberto Bitencourt, “[...] o novo modelo reclama interpretação sistemática dos dispositivos, não



se podendo atribuir à expressão recebê-la-á [do artigo 396] um significado puramente textual¹.

O recebimento em sentido técnico, então, só pode ser aquele do art. 399, realizado após a defesa preliminar. A nosso juízo, é a melhor interpretação a ser feita para a antinomia, que foi gerada por atecnia legislativa.

Deve-se lembrar que a defesa antecipada não é novidade em nosso ordenamento jurídico, já sendo empregada em leis especiais. A título de exemplo, citam-se os procedimentos adotados pela Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), pela Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e pelos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95). Em todos os casos, o juiz só receberá a denúncia ou queixa após ouvir o que o acusado tem a dizer.

Existe, contudo, grande embate doutrinário quanto ao momento do recebimento da peça inicial no rito ordinário, porque o juízo de admissibilidade é marco interruptivo da prescrição, conforme prescreve o art. 117, I, do Código Penal. Se não fosse esse efeito, a discussão seria meramente acadêmica, inexistindo relevância prática pela adoção de uma ou outra posição.

Alegam alguns que a opção pelo contraditório antecipado, antes do juízo de admissibilidade, aumentaria o lapso temporal entre o fato delituoso e o recebimento, facilitando a prescrição e, logo, a impunidade. Entretanto, se é verdade tal assertiva, é certo, por outro lado, que diminuirá o interstício entre o referido recebimento e a sentença condenatória recorrível, o que dificultará a prescrição, consoante o art. 117, IV. Assim, a garantia do contraditório tanto pode contribuir como pode impedir a prescrição. Não nos parece, por isso, razoável tal argumento.

Por tudo exposto, firmando entendimento que o recebimento, propriamente dito, está no art. 399, sendo ali o marco interruptivo da prescrição, faz-se mister agora analisar dois vocábulos jurídicos empregados, ainda nos arts. 396 e 399.

Por CITAÇÃO, em breves linhas, a doutrina majoritária² entende como sendo o ato judicial de comunicação, de chamamento formal do réu ao processo. Esse ato, inclusive, conforme nova redação do art. 363, é o que forma o processo, efetiva o seu nascimento. O acusado, com a citação, passa a ser réu. É ato essencial, sem o qual não instaura a relação processual.

INTIMAÇÃO, nas palavras de Rômulo de Andrade Moreira, constitui “[...] ato de comunicação processual (o processo já existe) dirigido às partes ou a qualquer outra pessoa que deva, de alguma forma, intervir na relação

processual.”³ Esse ato ocorre para cientificar alguém de ato processual já realizado ou a realizar-se.

Com base em tais conceitos, não nos parece correto o vocábulo *citação* empregado no art. 396, pois, como concluído, o recebimento da denúncia ainda não ocorreu; logo, não há que se falar em citação. Deveria o legislador, dessa forma, ter determinado a notificação do acusado, pois esse ainda não é o momento de formação da relação processual.

Seguindo tal orientação, pode-se citar, dentre outras leis especiais, a Lei de Drogas, que, em seu art. 55, prescreve: “Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer a defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.”

Em contrapartida, na oportunidade do art. 399, não sendo causa de absolvição sumária, o juiz receberá a peça inicial e, aí sim, ordenará a citação do acusado. O texto legal fala em intimação, para seguir a lógica processual iniciada no art. 396. Contudo, pelo exposto, é de se concluir ser esse o instante correto para que o réu seja inserido na relação processual, por já ter apresentado a sua defesa preliminar.

Em tal defesa, sendo muito mais ampla que a antiga defesa prévia, “[...] o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário”, como dispõe o art. 396-A.

Após esse procedimento, o juiz absolverá sumariamente o réu, caso verifique uma das hipóteses do art. 397, ou receberá a denúncia ou queixa, designando dia e hora para a audiência, conforme o art. 399.

Na reforma, também visando a uma maior sistematização, o legislador separou as causas de extinção do processo que se referem às questões de mérito, fazendo coisa julgada material, daquelas meramente processuais, que têm como efeito a coisa julgada formal.

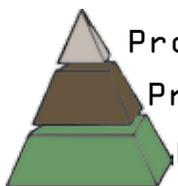
Revogado pela lei nova, o art. 43 determinava as causas de rejeição da denúncia ou queixa, englobando as questões de mérito e de processo. Agora, pelo art. 395, tem-se que a denúncia ou queixa será rejeitada quando for manifestamente inepta; faltar pressuposto processual ou condição da ação; faltar justa causa para o exercício da ação penal, referindo-se apenas a requisitos formais. Já o art. 397 dispõe sobre as causas de absolvição sumária, que se referem ao mérito da ação.

As alterações não param por aqui. Muitas outras mudanças foram empreendidas, como a citação por hora certa, que antes só existia no Código de Processo

¹ BITECOURT, Cezar Roberto. **O recebimento da denúncia segundo a Lei 11.719/08**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 29 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/70289>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

² Sustentada por Ada Pellegrini Grinover, Cezar Roberto Bitencourt, Guilherme de Souza Nucci (dentre outros).

³ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Intimação**. Revista Jus Vigilantibus, dez. 2002. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1274>>. Acesso em: 04 dez. 2008.



Civil. Mas isso é tema para uma outra discussão. Para concluir, não podemos deixar de registrar os nossos agradecimentos ao Professor Leonardo Barreto Moreira Alves, da PUC Minas, que nos orientou neste trabalho.

Referências:

BERTASSO, Marcelo Pimentel. **O momento de recebimento da denúncia a partir da Lei nº 11.719/08**. Jus Navigandi, Teresina, Ano 12, n. 1924, 7 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11820>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

BITECOURT, Cezar Roberto. **O recebimento da denúncia segundo a Lei 11.719/08**. Revista Consultor Jurídico, São

Paulo, 29 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/70289>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A reforma do Código de Processo Penal**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-ROMULO-MOREIRA.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Intimação**. Revista Jus Vigilantibus, dez. 2002. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1274>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

TÁVORA NETO, N. N. F. **Curso de Direito Processual Penal**. 2. ed. Salvador: PODIVM, 2008.

3.4.3 Crítica à adoção do crime impossível no flagrante preparado

Juliano Silva do Lago

Estudante do 9º período de Direito e

Estagiário do TJMG

Instituto Machadense de Ensino Superior e Comunicação (Imes)

Hodiernamente, muito se discute acerca dos atos de autoridades públicas no exercício de seu mister, especialmente pelos excessos amplamente divulgados pela mídia. A presente discussão assume esse paradigma. Primeiramente, cumpre esclarecer o que é a intervenção predisposta de autoridade pública. Diz respeito à **atuação preordenada da autoridade policial**, já cientificada da ocorrência de determinada conduta delitiva, de modo a impedir a execução e consequente consumação da conduta tipificada.¹ Insta ressaltar que, nesse caso, a autoridade não interfere de forma alguma no aspecto volitivo do autor do delito, que atua livremente, apenas opera de modo esperado, motivada a surpreender o meliante durante a prática delitiva.

Enfim, nesse caso, não há como se falar em crime impossível; diferentemente do que ocorre no induzimento pela autoridade à prática da infração, o que surpreende o delinquentes antes de ele consumir o delito (flagrante preparado ou provocado), como argumentam muitos. Logo, **a intervenção de autoridade predisposta é lícita**.

Sobre a intervenção predisposta de autoridade (flagrante esperado) dispõe o ilustre promotor de Justiça Fernando Capez que “[...] neste caso, a atividade policial ou de terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação”².

Em outro giro, com relação ao **flagrante preparado ou provocado**, tem-se sedimentado repulsa doutrinária e jurisprudencial, de modo a desestimular tal prática em meio às autoridades públicas. Sobre essa forma de flagrante ilegalidade, sedimenta Fernando Capez que: “Trata-se de modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade de ocorrência do resultado”³.

A ratificar o acima expandido, tem-se a Súmula 145 do STF, *ipsis literis*: “Não há crime, quando a preparação do flagrante policial torna impossível a sua consumação”. Ainda corroborando esse entendimento, segue o parecer do magistrado Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de crime impossível (art. 17), pois inviável a sua consumação. Ao mesmo tempo em que o provocador leva o provocado ao cometimento do delito, age em sentido oposto para evitar o resultado. Estando totalmente na mão do provocador, não há viabilidade para a constituição do crime.⁴

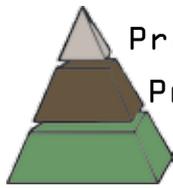
Entretanto, com a devida vênia, ousa-se discordar do entendimento do pretório excelso e de autorizados

¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1. p. 476.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 254.

³ Ibidem, loc. cit.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2008. p.573.



posicionamentos doutrinários, entendendo-se que no flagrante provocado **há sim perigo de lesão ao bem jurídico, quiçá até mesmo lesão**. Desde que o agente tenha dado início à execução do delito, deu margem à aplicabilidade de tentativa punível. Trata-se de flagrante preparado, que muito raramente pode ser controlado *in totum* pela autoridade, não isentando, portanto, o bem jurídico protegido de todo risco.

Tal conduta deve ser repudiada pelo sistema normativo e tipificada como delito possível, além de que, se o agente fosse inocente, mesmo induzido, não praticaria o crime. Deve responder pelo delito **juntamente** com a autoridade provocadora.

Já a atuação do agente provocador é inadmissível, uma vez que acaba por induzir a pessoa à prática de delito. Conforme já dito, trata-se de crime impossível quanto ao provocado no entender majoritário, do qual se discorda, *concessa venia*. Fundamentam os defensores da aplicação genérica do crime impossível que, mesmo a inidoneidade não estando presente no meio empregado ou no objeto sobre o qual recai a conduta, encontra-se espalhada pelas circunstâncias que norteiam a prática delitiva, eliminando assim, a possibilidade de constituição do delito. Enfim, consideram que o risco para o bem jurídico é nulo.

Porém, sedimenta-se, com amparo em Luiz Régis Prado, que a ineficácia do flagrante preparado (crime impossível) não é de todo pertinente. Como já dito, a ação penal realizou-se e a conduta tipificada do agente provocado foi relevante para o direito repressivo, sendo idônea a consumação do delito, tanto o meio empregado quanto o objeto sobre o qual a conduta tipificada recairia.⁵ Qualquer ineficiência na ação leva o agente a recair no delito tentado.

Nesse raciocínio, afasta-se a hipótese de crime impossível, em se tratando de flagrante preparado. Ademais, deve-se considerar a questão da idoneidade para a produção do resultado *ex ante*. Nesse ponto de vista, é cogente a concepção de que o **autor** realmente realiza uma conduta idônea a produção da consumação delitiva, tanto no meio quanto no objeto. Aliás, atente-se para o fato de que uma análise *ex post* acerca da idoneidade do objeto ou do meio empregado leva a inevitável concepção de que toda tentativa é inidônea, pois nenhuma tentativa produz resultado. E mais: a análise do perigo só tem sentido se feita antes de praticada a conduta, uma vez que depois o perigo já se foi, lesionou-se ou não o bem jurídico.

Técnica e logicamente falando, o ideal é a **responsabilização do provocado por crime tentado ou consumado**, apesar de ter havido atuação preventiva e indutiva do provocador, que também deve ser passível de responsabilização. Entretanto, em determinados

casos, quando há uma **previsão indubitável *ex ante*** (apreensível por uma pessoa *normal*) de que o agente provocador tenha tomado os cuidados necessários para evitar a lesão ao bem jurídico, há sim crime impossível.

Somente pode-se falar em crime impossível no flagrante preparado ou provocado quando não há risco nenhum ao bem jurídico, *verbi gratia*, quando é colocado um boneco da vítima coberto na cama, simulando que ela está adormecida, para que o provocado durante a ação delitiva dispare sobre o boneco. Neste caso, há crime impossível plenamente aceitável.

Deveras, é nobre a intenção em aplicar a teoria do crime impossível ao flagrante preparado ou provocado genericamente. É essa, logicamente, uma forma de desestimular essa prática censurável pelas autoridades. Porém, não se pode sacrificar a lógica criminal, para que se apliquem medidas de conduta recomendáveis. Certamente poder-se-á encontrar outros meios mais inteligentes de desestimular tal prática entre as autoridades.

Ademais, *grosso modo*, nunca a autoridade policial em um flagrante preparado ou provocado tem pleno controle sobre a situação, pois determinados aparelhos podem falhar ou pessoas podem se portar de modo inesperado, enfim, muitas circunstâncias imprevistas podem ocorrer. Por essa razão, não se afasta por completo o risco ao bem jurídico, devendo-se falar em tentativa. Exceto nos casos em que a autoridade afasta o bem jurídico protegido do local e utiliza-se de objeto inidôneo no flagrante, conforme já apontado.

Enfim, segundo o entendimento perfilhado, não prospera a malfadada compreensão de crime impossível nas hipóteses acima ventiladas, resguardado pela doutrina majoritária e pelo próprio Pretório Excelso. A despeito disso, deve essa compreensão equivocada ser rechaçada de plano pelo jurista mais atento, por não ser de boa técnica e nem uma questão de justiça.

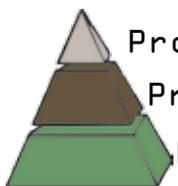
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

⁵ PRADO, 2007, p. 479.



3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.4.4.1 MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. 560p. *Coleção Ciências Criminais, v. 5.*

Esse excelente livro faz parte da coleção Ciências Criminais, coordenada por Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. A consagrada obra, de autoria de García-Pablos Molina, traduzida no Brasil por Luiz Flávio Gomes, Yellbin Marote García e Davi Tangerino, sofreu amplas revisões em relação à edição anterior e traz um estudo amplo e sistematizado sobre a criminologia em suas variadas dimensões.

Como ciência empírica e interdisciplinar, o trabalho foi dividido em duas partes. Na primeira delas, de autoria de Molina, com base principalmente na experiência da doutrina espanhola, vemos os seguintes capítulos: conceito, método, objeto, sistema e funções da criminologia; consolidação da criminologia como ciência, escolas e diversas teorias da criminalidade; criminologia científica e diversos modelos teóricos (biologia criminal, psicologia criminal e sociologia criminal); prevenção do delito no Estado Social e Democrático de Direito; análise criminológica dos diversos modelos e sistemas de reação ao delito.

Já na segunda parte, de autoria do conhecido jurista brasileiro Luiz Flávio Gomes, temos um estudo sobre a introdução às bases criminológicas da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), em que são analisados o modelo consensual brasileiro de Justiça criminal e sua relação com a vitimologia.

A obra é indicada por seus vários predicados: é densa, consistente, científica; porém, ao mesmo tempo, possui leitura escorregada, didática e envolvente.

B) Artigos

3.4.4.2 SOUSA, Susana Aires de. **Responsabilidade criminal por produtos defeituosos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 17, n. 76, p. 106-121, jan./fev. 2009.

O artigo trabalha com aspectos ligados à possível responsabilização penal por danos causados pelo uso de determinados produtos, como, por exemplo, danos à vida ou à integridade dos consumidores. Segundo palavras da própria autora:

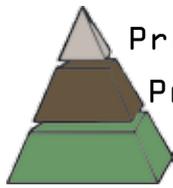
Através desse estudo, empõem-se alguns casos considerados *leading cases* no tratamento jurídico penal desta matéria (2). Esta exposição permite identificar, num momento posterior, alguns problemas jurídico-penalmente relevantes, tais como: os bens jurídicos protegidos; a causalidade; o risco proibido e permitido; o dever de garante do produtor e a responsabilidade criminal dos entes colectivos (p. 106).

Construído basicamente em cima da experiência europeia (a autora é assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) e, sendo bastante válida a exposição de alguns casos concretamente apreciados pelas Cortes de Justiça, o texto traz questionamentos interessantes sobre tal vertente. No âmbito cível, a matéria encontra-se sobremaneira sedimentada, o que se choca com as poucas referências sobre o assunto na seara criminal. Susana Aires destaca que:

A relevância criminal destas situações decorre imediatamente da dignidade penal dos bens jurídicos afectados: a vida ou a integridade física. Foi justamente a lesão destes bens, provocada pela ingestão ou uso de produtos postos no mercado e adquiridos pelos consumidores, que levou os tribunais a confrontarem-se com a eventual relevância criminal destas situações (p. 108).

E, por fim:

Sem dúvida os problemas são novos: são os do nosso tempo. A dogmática penal não pode alhear-se deles, cristalizando-se, petrificando-se no tempo. O direito penal é – e tem de ser – um direito atento, e nesse sentido cautelosamente criador. Nas palavras de Figueiredo Dias, ‘o direito penal não pode negar-se a sua quota-parte de legitimação (e de responsabilidade) na proteção das gerações futuras. Reconhecê-lo, porém, implica que vejamos com justeza e a modéstia possíveis o que dele pode e deve esperar-se’ (p. 121).



Proteção dos bens jurídicos mais relevantes

Proporcionalidade

Ressocialização

3.4.5 Jurisprudência da área

3.4.5.1 TJPR, 1ª Câmara Criminal. *Plenário do júri. Tese defensiva apresentada somente na tréplica. Ofensa ao princípio da paridade de armas*

EMENTA: DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Primeira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, mas, de ofício, conceder *habeas corpus* para anular o julgamento, nos termos do contido no voto e sua fundamentação. **EMENTA:** (1) APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO DO RÉU POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE FORMULAÇÃO DE QUESITO OBRIGATÓRIO RELATIVO À TESE DE HOMICÍDIO CULPOSO SUSTENTADA EM PLENÁRIO SUCESSIVAMENTE À TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA. NULIDADE ABSOLUTA DECLARADA DE OFÍCIO. SÚMULA 156 DO STF. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* PARA DETERMINAR O REFAZIMENTO DO ATO VICIADO. (2) APELAÇÃO INTERPOSTA FORA DO PRAZO LEGAL. NÃO RECEBIMENTO. DEFENSOR DATIVO. PRAZO SIMPLES PARA RECORRER. (3) INOVAÇÃO DA TESE DA DEFESA DURANTE A TRÉPLICA. IMPOSSIBILIDADE. (1) A ausência de quesito acerca da tese levantada em Plenário pela defesa, consistente em desclassificar a imputação para lesão corporal seguida de morte, acarreta nulidade absoluta, eis que restringe o direito constitucional de ampla defesa. Incide no caso a súmula 156, do egrégio Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado dispõe: “É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório.” (2) Consoante reiterada jurisprudência dos tribunais superiores, o prazo para defensor dativo apresentar recurso é contado de forma simples. A prerrogativa do prazo em dobro disposta na Lei 1.060/50, com a redação dada pela Lei 7.871/89, é conferida apenas aos assistidos por defensores públicos. (3) Está correta a decisão que impede a apreciação, pelos jurados, de tese argüida pela defesa somente na tréplica, eis que o Processo Penal é informado pelo princípio da paridade de armas. (TJPR, 1ª Câmara Criminal, Apelação Crime nº 0496398-4, Rel. Des. Oto Luiz Sponholz, j. 20.12.2008).

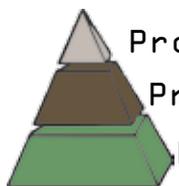
3.4.5.2 TJMG, 3ª Câmara Criminal. *Plenário do júri. Tese defensiva apresentada somente na tréplica. Plenitude de defesa. Respeito ao contraditório*

EMENTA: JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – TESE NOVA APRESENTADA NA TRÉPLICA – QUESITAÇÃO OBRIGATÓRIA. É nulo o julgamento se não foi formulado quesito relativo à nova tese defensiva apresentada na tréplica, por ofensa ao princípio da plenitude da defesa, já que não há qualquer impedimento quanto à inovação durante os debates, nem ofensa ao princípio do contraditório, pois além da defesa sempre falar por último, o Ministério Público não tem como meta rebater cada novo argumento usado pela defesa, mas sim sustentar o libelo acusatório. Julgamento anulado. (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0042.06.016843-4/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. 04.12.2007, DJ 01.02.2008)

3.4.5.3 TJMG, 2ª Câmara Criminal. *O princípio da insignificância não encontra assento no direito penal brasileiro*

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – VALORDA *RESFURTIVA* – CRIME DE BAGATELA – NÃO-APLICAÇÃO – PENA – MAUS ANTECEDENTES – INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR AO FATOS – DESCARACTERIZAÇÃO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – SUBSTITUIÇÃO DA PENA. – A construção doutrinária no que se refere ao princípio da insignificância, não encontra assento no Direito Penal brasileiro, tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei, confrontando-se com o próprio tipo penal do art. 155 do Código Penal que, para as situações de ofensa mínima, prevê a figura do privilégio, o que também não é o caso dos autos. – “Para a caracterização do ‘maus antecedentes’ é insuficiente a referência a inquérito policial cujo desfecho não se registrou ou a processo nas mesmas condições, vez que existe vedação constitucional proibindo extrair-se efeitos penais de decisões não transitadas em julgado” (RJD 27/151) – Se as circunstâncias judiciais favorecem ao apelante, o delito não foi praticado com violência e nem grave ameaça à pessoa e a pena imposta é inferior a 04 anos cabível a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. (TJMG, 2ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0024.04.200634-6/001, Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, j. 07.08.2008, DJ 27.08.2008)¹.

¹ **No mesmo sentido:** EMENTA: PENAL - FURTO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - FALTA DE PREVISÃO LEGAL - INADMISSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA-BASE - POSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PARCIALMENTE FAVORÁVEIS



3.4.5.4 TJMG, 1ª Câmara Criminal. Furto simples. Causa de Aumento. Repouso noturno. Local não habitado. Vítima não repousando no local. Possibilidade

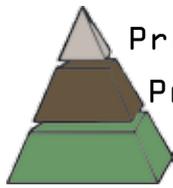
EMENTA: FURTO SIMPLES – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – RÉU REINCIDENTE – IMPOSSIBILIDADE. A adoção integral do princípio da insignificância, segundo sua conceituação de causa supra legal de exclusão da tipicidade, não se justificaria, por ser medida capaz de estimular a injustificada e desmedida tolerância para com o crime, tão combatida nos meios sociais, a suscitar a perturbação da paz que o próprio Estado busca concretizar, devendo ser mesclado com o princípio da irrelevância penal para fins de seu temperamento na forma dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, afastando-se sua aplicação pela só reincidência do réu. REPOUSO NOTURNO – ESTABELECIMENTO COMERCIAL DESABITADO – DECOTE – IMPOSSIBILIDADE. Para a incidência da causa especial de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal é suficiente que a infração ocorra à noite em horário compatível com o repouso, período de maior vulnerabilidade para os bens, mormente em estabelecimento comercial, sendo irrelevante o fato da vítima estar ou não repousando no local. FURTO PRIVILEGIADO – ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL – REINCIDÊNCIA – AFASTAMENTO – MAUS ANTECEDENTES – IRRELEVÂNCIA – RECONHECIMENTO. Se as condenações só transitaram em julgado após a ação desenvolvida, impossível erigir a reincidência que foi indevidamente reconhecida como fator capaz de inviabilizar o privilégio, de modo que presentes os requisitos exigidos na lei, tem o condenado direito subjetivo à concessão do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal, que não se trata de mera faculdade judicial, mostrando-se impossível acrescentar condições não estabelecidas na lei, como má personalidade, maus antecedentes, dentre outras, para fins de avaliação do privilégio, mas tão-somente perquirir sobre o pequeno valor do bem, cujo parâmetro, à falta de avaliação específica das condições econômicas da vítima é o salário-mínimo e a primariedade técnica do réu. Recurso a que se dá parcial provimento. (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0188.03.017557-7/001, Rel. Des. Judimar Biber, j. 30.09.2008, DJ 14.10.2008).²

3.4.5.5 TJMG, 3ª Câmara Criminal. Furto simples. Causa de Aumento. Repouso noturno. Local não habitado. Vítima não repousando no local. Impossibilidade

EMENTA: APELAÇÃO – FURTO QUALIFICADO – ART. 155, §§ 1º e 4º, I, II e IV, DO CÓDIGO PENAL – NEGATIVA DE AUTORIA – DELITO COMPROVADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – MAJORANTE

- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Não cabe ao Poder Judiciário a aplicação do princípio da insignificância, porquanto constitui função do Poder Legislativo selecionar os critérios da tutela penal dos bens jurídicos. - Se a pena é fixada de forma desproporcional às circunstâncias judiciais, necessária é sua redução (TJMG, 5ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0460.03.010788-8/001, Rel. Des. Pedro Vergara, j. 25.03.2008, DJ 05.04.2008). Mas, em sentido contrário: **EMENTA:** PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - "RES FURTIVA" (UM SIMPLES BONÉ) NO VALOR DE R\$ 10,00 - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU DE PROCESSOS PENAIS AINDA EM CURSO - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR?". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. A MERA EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES POLICIAIS (OU DE PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO) NÃO BASTA, SÓ POR SI, PARA JUSTIFICAR O RECONHECIMENTO DE QUE O RÉU NÃO POSSUI BONS ANTECEDENTES. - A só existência de inquéritos policiais ou de processos penais, quer em andamento, quer arquivados, desde que ausente condenação penal irrecorrível - além de não permitir que, com base neles, se formule qualquer juízo de maus antecedentes -, também não pode autorizar, na dosimetria da pena, o agravamento do "status poenalis" do réu, nem dar suporte legitimador à privação cautelar da liberdade do indiciado ou do acusado, sob pena de transgressão ao postulado constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. (STF, 2ª Turma, HC 84687 / MS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.10.2004).

² No mesmo sentido: **EMENTA:** PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. REPOUSO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE. I - Incide a majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal se o delito é praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade inclusive para estabelecimentos comerciais, como ocorreu in casu (Precedentes). II - Entretanto, a causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso do delito qualificado (Precedente). Recurso desprovido.. (STJ, 5ª Turma, REsp 940245 / RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 13.12.2007, Dje 10.03.2008).



Proteção dos bens jurídicos mais relevantes

Proporcionalidade

Ressocialização

DO REPOUSO NOTURNO NÃO CONFIGURADA – DECOTE. Sendo indiscutível a prática do delito e tendo sido o acusado preso na posse da *res furtiva*, ocorre a inversão do ônus da prova, cabendo ao réu comprovar que possuía a coisa de forma legítima. A simples circunstância de o delito de furto ocorrer durante a madrugada não é o bastante para a configuração da majorante do repouso noturno, que exige, ainda, que o local do delito seja habitado e que as pessoas que ali se encontram estejam, no momento do crime, repousando. (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0549.07.008101-9/001, Rel. Des. Paulo César Dias, j. 22.04.2008, DJ 06.06.2008).³

³ No mesmo sentido: **EMENTA:** FURTO QUALIFICADO. REPOUSO NOTURNO. INAPLICABILIDADE. Confissão extrajudicial corroborada pela prova colhida em juízo, tornando certa a autoria do fato típico. Crime praticado em loja comercial, não caracterizado o furto noturno. Também inaplicável essa majorante no furto qualificado, conforme a doutrina e a jurisprudência. Pena redimensionada. Apelo provido, em parte. (TJRS, 7ª Câmara Criminal, Apelação Crime nº 70005418660, Rel. Des. Alfredo Foerster, j. 09.10.2003)

Informações Variadas

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 IV ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

4.1.1 Carta de Ouro Preto

Os representantes do Ministério Público Federal e Estaduais, os representantes dos demais órgãos públicos vinculados à proteção do patrimônio cultural e os integrantes da sociedade civil presentes no IV Encontro Nacional do Ministério Público de Defesa do Patrimônio Cultural realizado nos dias 11, 12 e 13 de março de 2009, na cidade de Ouro Preto, MG, Monumento Nacional e Patrimônio Cultural da Humanidade, sob os auspícios da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente, ratificando as conclusões dos Encontros de Goiânia, Santos e Brasília, votam e aprovam as seguintes conclusões:

1) Devido ao tratamento constitucional recebido pelo patrimônio cultural, o mesmo regime jurídico aplicável constitucionalmente aos bens ambientais naturais será aplicável aos bens culturais.

2) A partir da CF/88 qualquer discussão que envolva o patrimônio cultural deve envolver a participação popular, porque o patrimônio cultural não é mais restrito aos bens alusivos ao Estado, às elites, à história dos vencedores, mas também envolve a história dos menos favorecidos, dos homens comuns.

3) O Poder Judiciário necessita de melhor aparelhamento, estruturação e aperfeiçoamento para cumprir efetivamente com o seu mister de defender o patrimônio cultural, sendo desejável, inclusive, a criação de Varas Especializadas na defesa do patrimônio cultural.

4) Somente podem ser consideradas e protegidas como patrimônio cultural imaterial as práticas compatíveis com os direitos humanos, de acordo com as normativas internacionais.

5) O tombamento é um instrumento incompatível com a natureza do patrimônio cultural imaterial por sua essência dinâmica, mutável, podendo ser objeto de proteção por outros meios adequados já previstos no ordenamento jurídico pátrio.

6) Para fins de reconhecimento de um bem como sendo integrante do patrimônio cultural da Nação, a relevância brasileira não se identifica com a nacional e compreende todos os valores integrantes dos diferentes povos que integram a sociedade brasileira.

7) A cultura se determina pela vida e não por fronteiras políticogeográficas, por isso deve ser tutelada de acordo com a avaliação estimativa das comunidades das quais emana.

8) Estados, municípios e territórios devem também ter suas leis próprias a respeito da tutela do patrimônio cultural imaterial.

9) O Decreto 6.514/08 e a Lei 9.605/98 devem ser aperfeiçoados para melhor tutelarem o patrimônio cultural imaterial.

10) Os operadores jurídicos envolvidos com a tutela do patrimônio cultural devem ter uma ampla formação humanista para atuarem na tutela aos direitos difusos e, em especial, dos bens dotados de valor cultural.

11) A proteção do patrimônio cultural imaterial carece de políticas públicas que fomentem sua efetiva preservação.

12) O patrimônio cultural pode ser protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Tanto isso é verdade que a Lei 9.605/98 criminalizou agressões a bens protegidos por essas três vias.

13) OTAC e a recomendação são instrumentos de tutela preventiva por meio dos quais se busca que o interessado reconheça a inadequação de sua conduta e, em assim o fazendo, procure ajustá-la às exigências legais.

14) A recomendação pode ser usada como forma de controle preventivo da constitucionalidade.

15) O TAC e a recomendação permitem a incorporação das cartas internacionais em prol do patrimônio cultural.

16) Tanto o TAC como a recomendação, sendo instrumentos administrativos, são hábeis a tutelarem o patrimônio cultural, podendo gerar inclusive as penas do art. 62 e 63 da Lei 9605/98, em caso de seu descumprimento.

17) A educação patrimonial é um processo de alfabetização cultural, devendo ser exercida de forma permanente e sistemática centrada no patrimônio cultural.

18) A transversalidade deve permear o processo contínuo de educação patrimonial.

19) A criação de centros regionais de cultura e de organizações civis de interesse público pode ser de grande valor na defesa do patrimônio cultural, por aglutinarem pessoas em torno da causa, elevando a autoestima e o sentimento de pertencimento de uma comunidade.

20) O desrespeito constante às leis, a debochada impunidade, a lentidão da Justiça são, no conjunto, as melhores escolas de deseducação patrimonial e as maiores incentivadoras da destruição, mutilação

e perda total de nossos valores patrimoniais que ainda existem em todo este Brasil.

21) O adjetivo “cultural”, ao invés de representar uma marca homogeneizadora, é altamente diferenciadora de valores.

22) O museu tem de ser um espaço vivo, de reflexão, de questionamentos e desfrute comunitário.

23) Há duas visões de patrimônio cultural: uma, essencialista, vê atributos internos, imanentes, intrínsecos das coisas. Está presente no Decreto-Lei nº 25/37. Outra visão é aquela que considera patrimônio cultural aquilo que possui valor para a sociedade. Essa perspectiva aparece no art. 216 da CF que trouxe a interação social como a matriz da cultura.

24) O valor cultural não deverá ser avaliado apenas por critérios técnicos, pois pressupõe um diálogo com a coletividade.

25) O uso do bem cultural há de ser compatível com a sua natureza.

26) A restauração integral do dano ao patrimônio cultural deve abarcar valores materiais e extrapatrimoniais.

27) A indenização de danos materiais ao patrimônio cultural, ainda que decorrente da perda total do bem, deve incorporar todos os custos de uma hipotética restauração desse bem.

28) A NBR 14.653-7, recém editada pela ABNT, não abrange os danos extrapatrimoniais.

29) As metodologias de valoração dos danos aos bens culturais materiais não devem incorporar aspectos relacionados com a conduta do agente (se o dano se deu por ação ou omissão; se o agente agiu com dolo ou culpa; se é reincidente ou se adotou medidas para a minimização do dano), tendo em conta o regime da responsabilidade civil objetiva aplicável aos danos ambientais.

30) Seria de grande valia provocar uma profunda discussão entre os técnicos dos Ministérios Públicos Estaduais e do Federal com os integrantes dos órgãos incumbidos da tutela do patrimônio cultural para o fim de estabelecer critérios mais uniformes para quantificação econômica dos danos ao patrimônio cultural.

31) A inadequada proteção dos documentos arqueológicos do Morro da Queimada, em Ouro Preto, é um dos casos mais graves de abandono do patrimônio cultural pelos poderes públicos nas suas diversas esferas ao longo dos tempos.

32) A efetiva implantação do Parque Arqueológico do Morro da Queimada trará um impacto positivo em Ouro Preto, dando origem a diversas ações de valorização do seu patrimônio cultural e natural.

33) O patrimônio cultural deve ser contemplado nas políticas de criação, gestão e manutenção das unidades de conservação.

34) As populações locais e do entorno das unidades de conservação devem ser consideradas como fator importante para valorização desses espaços protegidos.

35) Os *geoparks* são importantes instrumentos de proteção e valorização do patrimônio cultural, resguardando-se a memória da terra inscrita nos fósseis, rochas e minerais.

36) A criação dos *geoparks* deve ser considerada importante fator de desenvolvimento sustentável porque proporciona atividades de geração de renda e de valorização da cultura das populações locais, por meio de turismo, artesanato e outras atividades.

37) A noção de entorno justifica que se imponham servidões “*non aedificandi*” ou limitações ao direito de construir não apenas adstritas ao critério da visibilidade do bem tombado mas também em virtude da ambiência, perspectiva, iluminação e coerência entre o bem e sua área envoltória.

38) A área de entorno também passa a ser protegida com o tombamento provisório.

39) A ideia de entorno pressupõe diálogo com o ambiente natural.

40) Impõe-se a criação de uma revista jurídica especializada em patrimônio cultural.

41) Deve ser estimulada a criação de espaços de memória cultural nos Ministérios Públicos e nos Tribunais.

42) Deve-se incentivar que os poderes públicos incorporem nos três níveis de governo e nos três Poderes, políticas de preservação e gestão do patrimônio cultural.

43) O meio ambiente não é mero somatório dos recursos ambientais naturais, culturais e artificiais, sendo bem autônomo, inapropriável, de uso comum do povo.

44) O ecoturismo é aquele que usa de forma sustentável o patrimônio cultural e natural, incentiva sua conservação e busca a formação de uma consciência ambientalista, inserindo em suas atividades a população local.

45) O ecoturismo sustentável pode ser uma ótima alternativa a outras atividades de maior impacto ambiental, contribuindo para a preservação do meio ambiente.

46) O bem turístico é patrimônio cultural porque sobre ele recai uma valoração humana.

47) Existe previsão constitucional implícita de um direito ao turismo como consequência de um direito ao lazer (art. 225, III, combinado com o art. 6º da CF).

48) O ecoturismo deve pautar-se pela tolerabilidade, ou seja, deve ser avaliada a capacidade de carga do empreendimento para absorver os impactos gerados pela atividade.

49) As atividades turísticas sujeitam-se ao licenciamento ambiental, consoante prevê a Resolução 237/97 do CONAMA, incidindo em relação a elas os

Informações Variadas

princípios da prevenção/precaução.

50) O Ministério Público tem duplice papel em relação ao ecoturismo: atuar na preservação e proteção do bem e na defesa do acesso de todos ao turismo como derivado do direito ao lazer.

51) O art. 19 do DL 25/37 gera para o proprietário do bem tombado o dever jurídico de preservá-lo, sendo a omissão penalmente relevante para os fins da aplicação dos arts. 62 e 63 da Lei 9605/98.

52) No crime previsto no art. 62 da Lei 9.605/98 existe a possibilidade de configuração de dano culposo e de omissão culposa.

53) As medidas e ações previstas no CPC são todas admissíveis na tutela do meio ambiente, seja pelo que consta no art. 19 da Lei. 7.347/85 seja pelo que está escrito no art. 90 do CDC, em repetição até desnecessária, mas enfática e evidenciadora da intenção tutelar do legislador.

54) Não é necessária a comprovação do dolo para caracterização da improbidade administrativa associada à lesão ao patrimônio cultural, bastando que seja configurada a violação aos princípios reitores da Administração Pública, pela ocorrência do prejuízo moral.

55) Na tutela do patrimônio cultural, o agente público deve pautar sua atuação por qualidade técnica e eficiência, sob pena de caracterizar hipótese de improbidade administrativa.

56) Os membros dos conselhos deliberativos envolvendo a proteção do patrimônio cultural, mesmo não remunerados, estão sujeitos às sanções da Lei nº 8.429/90, sempre que as suas decisões se desviarem da proteção do bem jurídico tutelado.

57) O descumprimento de uma recomendação sobre a proteção do patrimônio cultural caracteriza o dolo e reforça a configuração do ato de improbidade administrativa.

58) Existe a possibilidade de configurar improbidade administrativa tanto por lesão ao patrimônio cultural material, como por lesão ao patrimônio cultural imaterial, exemplificando-se com a alteração ou criação de topônimo tradicional por motivação populista ou homenagens a padrinhos políticos e partidários.

59) O patrimônio cultural constitui aspecto do meio ambiente, configurando bem jurídico protegido diretamente pela seção IV da Lei 9.605/98 de forma autônoma.

60) O titular do bem dotado de valor cultural ou do solo não edificável poderá ser sujeito ativo dos tipos penais voltados à tutela do patrimônio cultural.

61) As peças sacras recuperadas transcendem

o mero valor material econômico inerente ao bem, devido ao seu significativo valor para as comunidades.

62) A ausência de formação policial para enfrentamento dos crimes envolvendo a subtração de bens culturais móveis tem facilitado a consumação desse tipo de crime e a atuação de quadrilhas especializadas, dificultando o resgate desses bens.

63) É imprescindível a integração institucional dos vários agentes de persecução dos crimes contra o meio ambiente cultural para possibilitar resultados mais efetivos e identificação do *modus operandi* das quadrilhas com vistas à prevenção.

64) Impõe-se a atualização permanente dos arquivos de bens culturais procurados nos órgãos especializados para viabilizar a respectiva devolução.

65) As comunidades devem ser chamadas a colaborar no auxílio à atuação das autoridades na identificação e recuperação dos bens culturais móveis.

66) Os locais que abrigam bens móveis de valor cultural devem ser dotados de sistemas eficientes de segurança para dificultar a atuação das quadrilhas especializadas no furto de tais objetos, bem como seus responsáveis treinados na prevenção dessa criminalidade.

67) As autoridades incumbidas da repressão a crimes contra o patrimônio cultural móvel devem focar suas ações especialmente nos receptores e antiquários.

68) Devem ser traçadas estratégias para dificultar a compra e venda dos bens culturais móveis no mercado clandestino.

69) É necessária a ampliação e divulgação de canais que possibilitem ao cidadão denunciar o comércio e a existência de bens culturais móveis objetos de crime.

70) Sempre que possível, impõe-se a devolução dos bens culturais apreendidos aos seus locais de origem.

71) Deve-se aplicar aos crimes contra o patrimônio cultural cometidos em nível internacional a Convenção de Palermo, incorporada no Brasil pelo Decreto 5.015/04, que Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

72) Os estudos de impacto ambiental devem sempre analisar, exaustivamente, os impactos sobre o patrimônio cultural material e imaterial existente na área de influência do empreendimento, conforme inteligência do art. 6º, I, c; 9º, IV e VI da Resolução CONAMA 01/86.

73) Nos processos de licenciamento ambiental

devem ser previstas, necessariamente, as medidas compensatórias e mitigadoras relativas aos impactos em detrimento do patrimônio cultural material e imaterial.

74) Ante a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo é possível a exigência, pela via judicial, da elaboração de Estudo de Impacto de Vizinhança.

75) A coletividade, diante de um prejuízo causado ao patrimônio cultural (material ou imaterial), pode ser afetada quanto a seus valores extrapatrimoniais, face ao sentimento coletivo de despreço, de intranqüilidade, de angústia de indignação e de demonstração de menoscabo

ao Direito, sendo cabível a indenização por danos morais coletivos.

76) A indenização por danos morais coletivos decorrentes de lesão ao patrimônio cultural encontra seus fundamentos na Constituição Federal (art. 5º, V e X e art. 216), na Lei da Ação Civil (Lei 7.347/85, art. 1º, I e IV, com a redação dada pela Lei 8.884/94) e no Código Civil Brasileiro (arts. 186 c/c 927).

77) É vontade de todos a realização do V Encontro do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural.

4.2 REFLEXÕES E OLHAR CRÍTICO

4.2.1 Sistema prisional e banimento social no mundo contemporâneo

Andre Rocha Cançado

Psicólogo Clínico pela Pontifícia

Universidade Católica de Minas Gerais

Pós-graduando em criminologia pelo IEC /ACADEPOL-MG

Resumo: O objetivo deste artigo é convidar o leitor a pensar sobre o sistema prisional no mundo contemporâneo. A definição de condutas consideradas inadequadas, passíveis de punição, varia em cada sociedade; ao longo da modernidade, o suplício do corpo dos condenados deixa de ser o objetivo principal das penas e passa a ser um possível efeito moral. Existe, no mundo atual, um crescimento do número de prisões em muitos países e em alguns, como nos EUA, o aparato tecnológico e os profissionais envolvidos no sistema carcerário demandam milhões de dólares. Um olhar mais apurado revela que as prisões, sendo instituições totais, não oferecem oportunidade para reinserção social e, apesar de tal limitação, são instituições que servem para oferecer à sociedade a ilusão de segurança. As pessoas destituídas de meios dignos de sobrevivência no mundo globalizado, muitas delas habitantes de guetos, são parte significativa da população carcerária e são alvos de injusto e falso preconceito por parte de outros segmentos da sociedade, como se a criminalidade fosse uma questão relacionada exclusivamente com a pobreza. O Estado, antes responsável direto por uma assistência social ampla, concentra parte significativa de seu orçamento em questões que envolvem segurança pública para reafirmar seu poder e influência.

Palavras-chave: Prisões; punição; exclusão; modernidade; globalização.

Identificar, separar e segregar seres humanos em categorias específicas não parece ser um fato novo na

história das civilizações. Se pensarmos em termos de *comportamento*, podemos perceber que sempre existiram atos que são definidos como adequados e inadequados segundo um determinado referencial cultural. Em um de seus ensaios mais lidos, *O Mal-Estar na Civilização*, Sigmund Freud observa que a vida em sociedade só é possível se cada pessoa abrir mão de determinadas satisfações e reconhecer que a lei e a ordem do grupo devem prevalecer sobre cada interesse individual; em outras palavras, para que uma pessoa receba um nome e entre no mundo simbólico de sua sociedade, ela deve encontrar meios socialmente aceitáveis de satisfação. Por uma série de razões, em qualquer cultura, sempre existirão pessoas que não conseguem se adequar às normas sociais – seja de maneira esporádica ou constante – por isso foram criados métodos coercitivos para lidar com aqueles que são definidos como inadequados ao interesse coletivo.

A Era Moderna desenvolveu várias teorias e métodos para lidar com as pessoas que escapavam à ordem estabelecida. Ora, não podemos pensar em *ordem* sem fazermos referência, ao mesmo tempo, à idéia de *desordem*: toda ordem gera desordem. Ao longo da modernidade, a própria sociedade passou a ser, de forma contundente, alvo de projetos que tinham vários objetivos como, por exemplo, controlar a vida dos trabalhadores do recente mundo industrializado. Ao longo do caminho para a realização de qualquer projeto, é esperada a produção de refugo, de partes indesejadas; e quando pensamos em projetos sociais, o “refugo”, o “lixo”, ou seja, a parte indesejável que deve ser descartada e levada para longe da luz da ribalta, são parcelas significativas de seres humanos. Se retermos a impressionante obra de Michel Foucault *Vigiar e punir* (Vozes, 2008), encontraremos nela referências a projetos de instituições correcionais que tinham como objetivo o controle das pessoas internadas, controle esse que começava a partir de cada corpo humano tomado individualmente. Muitas dessas instituições tinham um objetivo de corrigir o comportamento dos indigentes através de atividades pedagógicas e punitivas, e visavam a uma possível reinserção social. Com o passar do tempo, a questão da reinserção social não se mostrou algo que se possa esperar do sistema prisional. Separação social requer *isolamento*. Significa limitar e controlar formalmente os

Informações Variadas

contatos entre as pessoas, afetando uma das condições mais essenciais para os relacionamentos humanos: a capacidade de intimidade e trocas simbólicas. Segundo Foucault (2008), nos últimos duzentos anos, perceberam-se mudanças significativas no sistema penal e sua relação com o crime. A primeira grande mudança foi o fim dos suplícios; transformar a execução de um condenado em espetáculo público, adiar sua morte durante a tortura foi uma prática lentamente abandonada. Outra alteração importante foi relativizar as condutas criminosas: nem todo crime mereceria a pena capital ou o mesmo tempo de confinamento. Roubar ou cometer injúrias não são condutas de mesma gravidade como um assassinato. O próprio papel dos atores envolvidos na prática jurídica se alterou: o juiz divide com outros profissionais a responsabilidade da aplicação de uma pena. Médicos, psicólogos e outros especialistas (junto com todo o aparato de agentes carcerários) entram em cena para ampliar e tornar mais complexo o processo de julgamento, condenação e cumprimento das penas.

A preocupação crescente, a partir dessas e outras mudanças refletiu-se no objetivo da aplicação das penas: elas devem ter um efeito mais moral do que físico. Não que os sofrimentos físicos e abusos deixem de acontecer, mas, formalmente, não é uma prática instituída. A pena deve ter a capacidade de causar algum efeito subjetivo. Não deve apenas cercear a liberdade, mas deve permitir o desejo de reparação por parte do condenado e possibilidade de futuras mudanças de conduta em caso de retorno ao convívio social mais amplo. Goffman (2005) descreve aquilo que ele denominou *instituições totais* [...] “como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada” (p.11). Fora das instituições totais, as pessoas normalmente trabalham, se divertem, participam da vida familiar em ambientes diferentes e na companhia de grupos distintos. Dentro das instituições totais, todas as atividades são feitas dentro de um mesmo ambiente, na presença das mesmas pessoas, sob a coordenação de uma administração central. Os relacionamentos interpessoais não são os mesmos experimentados fora dos muros das instituições totais; novas regras de conduta e convívio – e, claro, as relações de poder – se fazem necessárias para a adaptação e tais regras são diferentes daquelas vistas normalmente na sociedade. A partir dessa realidade, uma instituição total, como uma prisão por exemplo, exige adaptação comportamental de seus internos, não uma adaptação social, mas mudanças que estão de acordo com a realidade da instituição. Portanto, além de banir as pessoas do convívio social, as prisões não conseguem oferecer condições – nem físicas, nem administrativas, nem relacionais – para

real compreensão da conduta criminosas e nem para suprimir as possíveis causas dos motivos que possam ter levado a qualquer tipo de transgressão.

Aparentemente, as instituições totais não substituem algo já formado pela cultura específica; estamos diante de algo mais limitado do que aculturação ou assimilação. Se ocorre mudança cultural, talvez se refira ao afastamento de algumas oportunidades de comportamento e ao fracasso para acompanhar mudanças sociais recentes no mundo externo. Por isso se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o que já foi denominado “desculturamento” – isto é, “destreinamento” – que o torna temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária (GOFFMAN, 2005, p.23).

No século XVII, na cidade de Amsterdã (BAUMAN, 1998), foi idealizada uma casa de correção para indigentes. O projeto se preocupava com uma possível reabilitação daqueles que foram obrigados à segregação. O projeto, por vários motivos, não obteve sucesso. É possível discutir se algum sistema de confinamento e prisão ao longo da modernidade teve, na prática, o objetivo de *reinsere* ou de *capacitar* pessoas para um futuro retorno ao convívio social. O ponto de vista que sustento, neste artigo, é que as prisões na atualidade são verdadeiras fábricas de banimento social, cuja principal função – na prática – é anular as possibilidades de uma satisfatória reinserção social. Nelas, os indivíduos são despedidos das qualidades mais essenciais requeridas em uma vida social ampla. Um exemplo desse tipo de prisão é a penitenciária de Pelican Bay no Estado da Califórnia, E.U.A.

A prisão de Pelican Bay, segundo uma entusiástica reportagem do *Los Angeles Times* de 1º de Maio de 1990, é ‘inteiramente automatizada e planejada de modo que cada interno praticamente não tem contato direto com os guardas ou outros internos’. A maior parte do tempo os internos ficam em ‘celas sem janelas, feitas de sólidos blocos de concreto e aço inoxidável...Eles não trabalham em indústrias de prisão; não tem acesso a recreação; não se misturam com os internos. Até os guardas são trancados em guaritas de controle envidraçadas, comunicando-se com os prisioneiros através de um sistema de auto falantes’ e raramente ou nunca vistos por eles. A única tarefa dos guardas é cuidar para que os prisioneiros fiquem trancados em suas celas – quer dizer, incomunicáveis, sem ver e sem serem vistos. Se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem e defecam, as celas poderiam ser tidas como caixões (BAUMAN, 1998, p.116)

De acordo com Bauman (1998) é possível perceber um aumento das prisões e da população carcerária ao redor do mundo de uma maneira geral. A questão da segurança pública é uma preocupação

obsessiva e constante de vários Estados e faz parte da agenda de todos os políticos que desejam despertar a atenção dos eleitores. A economia globalizada requer a flexibilidade do mundo do trabalho e dos mercados transnacionais, mas isso representa apenas uma parte da questão. *Flexibilidade* significa esperar que os trabalhadores aprendam e acostumem-se com a idéia de mudança e efemeridade de seus serviços; é esperar que sejam versáteis competitivos e deixem questões como a ética do trabalho para segundo plano; e principalmente – que arquem sozinhos com as conseqüências quando seus serviços não forem mais exigidos ou quando puderem ser feitos por trabalhadores em outras cidades ou países por um preço mais baixo.

Uma análise sóbria da globalização da economia e das informações não pode ser feita sem levar em conta as conseqüências humanas desse processo. A internacionalização da economia exclui muitas pessoas – na verdade a maioria da população do planeta – dos benefícios diretos que ela pode oferecer.

Comentando a descoberta feita no último *Informe da ONU sobre o Desenvolvimento* de que a riqueza total dos 358 maiores ‘bilionários globais’ equivale à renda somada dos 2,3 bilhões mais pobres (45 por cento da população mundial), Victor Keegan chamou o reembaralhamento atual dos recursos mundiais de ‘uma nova forma de roubo de estrada’. Com efeito, só 22 por cento da riqueza global pertencem aos chamados ‘países em desenvolvimento’, que respondem por cerca de 80 por cento da população mundial (BAUMAN, 1998, p.78)

Partes significativas de seres humanos destituídos de condições de desfrutar da mobilidade espacial e econômica são alvos de preconceito e, aos poucos, canalizam as tensões e angústias existenciais dos segmentos mais abastados e privilegiados do mundo global. Os excluídos fazem parte do “refugo” humano produzido diariamente pelo processo de globalização e como o Estrado de Bem-Estar Social encontra-se em franca decadência, a pobreza e a degradação social vêm se tornando uma “questão” de segurança pública e não de assistência social.

As pessoas supérfluas estão numa posição em que é impossível ganhar. Se tentam alinhar-se com as formas de vida hoje louvadas, são logo acusadas de arrogância pecaminosa, falsas aparências e da desfaçatez de reclamarem prêmios imerecidos – senão de intenções criminosas. Caso se queixem abertamente e se recusem a honrar aquelas formas que podem ser saboreadas pelos ricos, mas que, para eles, os despossuídos, são mais como veneno, isso é visto de pronto como prova daquilo que a ‘opinião pública’ (mais corretamente, seus porta-vozes eleitos ou auto-proclamados) ‘já tinha advertido’ – que os supérfluos não são apenas um corpo estranho, mas um tumor canceroso que corrói os tecidos sociais saudáveis e inimigos jurados do ‘nosso modo de vida’ e ‘daquilo que respeitamos’ (BAUMAN, 2005, p.55)

Cada vez mais, percebe-se o Estado deslocado em direção ao papel de *polícia*: garantir um mínimo de ordem pública para que o capital local e/ou internacional possa ser investido e gerar lucros. Não é por acaso que

questões que envolvam segurança pública e questões que envolvam refugiados ou imigrantes estejam no topo da agenda política dos governantes de vários países. Como a economia global necessita cada vez menos da intervenção política estatal para fluir, o Estado precisa reafirmar seu poder e nada melhor do que mostrar que *algo palpável está sendo feito*, e um dos melhores meios para se fazê-lo é concentrar-se em assuntos que envolvam a segurança física das pessoas. A mídia normalmente se encarrega de mostrar cenas de violência urbana, atos praticados pelos habitantes *locais*, normalmente habitantes de guetos onde se encontram pessoas destituídas de qualquer esperança, e de como as autoridades locais estão fazendo “de tudo” para lidar com essas pessoas que se “recusam” a se conformar com a nova ordem global estabelecida. Não podemos nos esquecer de que uma das conseqüências adicionais da globalização é a falsa idéia de *criminalização* da pobreza (BAUMAN, 2005), como se “ser” pobre fosse um crime, ou como se a criminalidade estivesse ligada, necessariamente, à pobreza.

Os guetos urbanos são um reservatório para o “refugo” local da globalização, assim como também o são os campos de refugiados ao redor do mundo. O gueto é uma estrutura espacial e cultural que consegue, ao mesmo tempo, reunir pessoas em um espaço físico aberto, sem muros, mas isoladas de outros grupos sociais. O gueto, na verdade, é uma prisão sem muros, onde as pessoas estão confinadas, sejam por sua realidade econômica ou étnica.

Um gueto [...] combina o confinamento espacial com o fechamento social: podemos dizer que o fenômeno do gueto consegue ser ao mesmo tempo territorial e social, misturando a proximidade/distância física com a proximidade/distância moral [...] Tanto o ‘confinamento’ quanto o ‘fechamento’ teriam pouca substância se não fossem complementados por um terceiro elemento: a *homogeneidade* dos de dentro, em contraste com a *heterogeneidade* dos de fora. Através da longa história do gueto, assim como no gueto negro norte-americano, seu arquétipo de hoje, o terceiro elemento foi fornecido pela separação etno-racial (BAUMAN, 2003, p. 105)

Acredito que o sistema prisional – e seu vertiginoso incremento tanto em número, quanto em recursos tecnológicos – seja parte da indústria que “remove” partes consideradas inassimiláveis da sociedade e não um sistema preocupado em transformar a pena a ser cumprida em momentos de reflexão e atividades úteis que oferecem condições de um possível retorno ao seio da sociedade. Talvez este seja um dos grandes desafios éticos do mundo contemporâneo: encontrar um lugar digno para o ser humano e sua singularidade em um mundo dominado por interesses econômicos globais.

Criminalizar a pobreza e transformar os destituídos em uma questão de polícia é uma tendência, no mínimo, perigosa. O preconceito e o mal-estar dentro da sociedade contribuem para que a violência seja uma maneira privilegiada de expressão. Freud argumenta que o ser humano civilizado troca a satisfação incondicional de seus impulsos por uma parcela de segurança. A palavra

Informações Variadas

fundamental dessa idéia é *troca*; ela remete a uma idéia de via de mão dupla, uma espécie de acordo entre o individual e seu meio coletivo. O que acontece quando uma parcela – nada desprezível – da população é excluída de meios dignos de sobrevivência? O que acontece com os laços e pactos sociais (para não dizer do compromisso com a coletividade) se a segurança existencial tão esperada pelas pessoas não é devidamente correspondida pela comunidade? O mal-estar vivido individualmente em qualquer civilização é exacerbado no mundo contemporâneo, pois os padrões e estilos de vida reverenciados no mundo globalizado não estão, de maneira alguma, ao alcance de todos, mas à disposição de uma pequena parcela de privilegiados. O acesso a boas condições de saúde, escola, moradia e emprego é desproporcionalmente distribuído, mas não deixam de ser bens sonhados pela maioria das pessoas.

No mundo contemporâneo, o sistema prisional revela um lado perverso de nossa estrutura social: a criminalidade é vista, com frequência, como uma questão de segurança apenas. O crime parece ser, realmente, um fenômeno complexo e multideterminado e deve ser discutido abertamente por especialistas de várias áreas do conhecimento e pela sociedade como um todo. O crescimento da população carcerária revela a fragilidade social de lidar com as pessoas tidas como “desviantes” e mostra como é difícil adotar uma postura justa de compreensão e punição. Se a conduta criminosa deve ser punida para garantir a idéia de ordem e coesão social, ela também deve ser avaliada de

forma contundente, pois a interdependência parece ser uma das vicissitudes do mundo globalizado. A exclusão de uma parcela significativa da população do planeta dos meios legítimos de produção cria um contingente de pessoas que *podem* eleger o crime como possível maneira de sobrevivência, de acesso a bens de consumo e também para dar um significado para uma existência sem perspectivas. Condutas criminosas não devem ser vistas como advindas de uma suposta e absoluta escolha pessoal; a realidade sócio-histórica deve ser sempre levada em conta para oferecer uma visão mais completa do crime e para a implementação de possíveis medidas punitivas que não sejam desumanizantes.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2008.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.3.1 Indivíduo, cidadão e pessoa humana numa leitura complementar



Paula Miranda Lima
Bacharelada em Direito na
Faculdade de Direito do Vale
do Rio Doce – FADIVALE
Estagiária do Ministério
Público de Minas Gerais
(Governador Valadares)

A Carta Constitucional de 1988 nos remete à idéia de Indivíduo, Cidadão e Pessoa Humana quando trata dos direitos, garantias e deveres de cada um. No entanto, esses conceitos não são necessariamente sinônimos, há entre eles uma verdadeira relação de complementaridade.

Deste modo, é possível traçarmos paralelos entre tais conceitos, desde que o façamos a partir da interpretação da Constituição Federal instrumentalizando-a como um sistema, no qual todos os preceitos devem ser estudados de forma a não colidirem entre si, razão pela qual a maneira mais acertada é realizarmos leitura complementar entre os conceitos de Indivíduo, Cidadão e Pessoa Humana.

Comumente toma-se por Indivíduo o representante de dada espécie, como por exemplo Carlos. Entre vários seres humanos, ele é um Indivíduo.

Indivíduo é uma idéia moderna. Nela, na visão do mundo contemporâneo, parte-se da noção de que a parte é mais importante que o todo.

Indivíduo pertence ao campo das escolhas e da liberdade, por isso nele é aceito um certo grau de egoísmo.

Desde o Pós-Renascimento, o Indivíduo passou

a ser um valor em si. Seu campo semântico gira mais em torno do particular, da autonomia da vontade. Contudo, é possível falar que o Indivíduo moderno ainda mantém para si alguns traços dos valores que marcam a cidadania. Na era moderna, o Indivíduo ganha notoriedade e traz consigo de maneira “discreta” a idéia de cidadania.

Nada obstante, Indivíduo e Cidadão se complementam.

Ao contrário do Indivíduo, no estudo inerente ao Cidadão ou à cidadania percebe-se a existência de um certo altruísmo, pertencente à coletividade e não egoísmo.

Cidadão é aquele que exerce a Cidadania, que por sua vez é a ação de participar em grupo das elaborações básicas (das tomadas de decisões estruturantes) do viver em coletividade. Podemos dizer que são características da cidadania o espaço público, liberdade, responsabilidade pelo todo e a exigência de tomada de decisão, lembrando que é necessário ser livre para debater e ser responsável pelas decisões então tomadas.

Existem duas modalidades de cidadania, a saber: estrita e ampla.

A cidadania ampla está conectada ao conceito de pluralismo. Em sentido amplo, todo ato praticado que gera repercussão no todo é cidadania ampla. Por exemplo, o Diretório Acadêmico das Faculdades e as Associações de Bairros quando decidem sobre algum assunto geram repercussão no todo, respectivamente, seja na Faculdade ou no Bairro, pelo que se nota que cidadania não se limita ao voto, como pensa a maioria, havendo um amplo corpo de ação social que pode ser denominado de cidadania.

A cidadania estrita, de seu lado, está ligada, primordialmente, ao exercício do voto, à participação nos atos de sufrágio pelos quais a soberania popular é auferida, dando legitimidade à administração do poder dentro do Estado e da Sociedade.

Há uma observação que merece ser lembrada: as decisões e discussões domésticas sobre, por exemplo, para onde a família vai viajar no carnaval ou o que vai economizar não são exercício de cidadania, vez serem do campo do privado e não do público, e a repercussão delas dar-se-á na parte e não no todo.

Cidadania traz a idéia de praça pública, do coletivo e só residualmente do campo do privado.

Cidadão, para os Gregos e os Romanos, se definia pela idéia de submissão ao todo. Hoje, Cidadão também pode ser visto pelo “prisma” de Indivíduo, pois há na cidadania em sentido amplo um espectro de escolhas e tomadas de decisões que repercutem na esfera do particular e portanto do Indivíduo.

Pessoa, por sua vez, pertence mais ao campo do universal. Diz-se Pessoa pois esta pertence ao gênero humano

como referência universal.

Etimologicamente, o termo Pessoa significa a máscara que os atores, nas tragédias gregas, usavam para desempenhar seus papéis. Lançando mão de uma metáfora, para os dias modernos podemos dizer que cada pessoa é uma história, cada Pessoa possui sua máscara, seu rosto, sua trajetória.

Pessoa Humana trabalha com a idéia de essência. O valor da Pessoa Humana é dado pois o Indivíduo pertence ao gênero humano independentemente de suas singularidades. No entanto, na linha do texto do papel que cada pessoa representa em sua própria tragédia, em sua própria vida é possível perceber traços de individualidade.

A Pessoa pode ser um bandido, psicopata, mas ainda assim ela é Pessoa Humana, há algo que liga esse singular ao todo que é o gênero humano.

Há uma frase muito interessante que merece ser lembrada “O si mesmo como o outro” (Paul Ricoeur), ou seja, eu me reconheço no outro e o outro se reconhece em mim.

A dignidade da Pessoa Humana é a última *ratio* do Direito Constitucional. Quando nos depararmos com situações um tanto quanto difíceis e amargas, devemos lembrar que aquele Indivíduo porventura ator de um ato anti-social é antes de tudo um ser humano e o erro é inerente ao ser humano.

O equilíbrio entre o egoísmo e o altruísmo é o grande lema, ou a grande vontade da ação política nas sociedades contemporâneas. Equilibrar as escolhas egoísticas dos Indivíduos com a necessária solidariedade do todo com todas as pessoas humanas, eis a tarefa da ação cidadã de todos que compõem nossa Sociedade.

A Constituição Brasileira procura realizar tal tarefa quando positiva esses três elementos em seu texto (Pessoa, Indivíduo, Cidadão). Nesse clima, a CF busca a igualdade de todos à medida que se respeita a diferença de cada qual. É um grande paradoxo. Assim, os três conceitos se interpenetram e se complementam dentro do texto constitucional.

Os valores da nossa Constituição são correlatos. Ela tenta equilibrar os valores individuais com os coletivos. A grande idéia ou a grande “intenção” é justamente tentar equilibrar tais valores, reafirmando no Indivíduo sua ação de Cidadão e elevando a Pessoa Humana como bem e valor último do Estado e da Sociedade Brasileira.

REFERÊNCIAS

Artigo elaborado a partir das aulas de Direito Constitucional ministradas na FADIVALE – Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce em Governador Valadares/MG - pelo Prof. Dr. Rosângelo Rodrigues de Miranda.

Informações Variadas

4.3.2 Fadados ao mito impulsional

Susane Marangoni Molina

Acadêmica em Direito na Universidade Estadual de Minas Gerais



O “The New York Times” foi responsável pela criação de Fidel Castro. Os militares reforçaram, durante a ditadura, o mito de Tiradentes. Stalin se fez exemplo para facilitar a implantação de seus ideais. Assim são criados os heróis: à base de ilusionismos e interesses, o que ocasiona um heroísmo fajuto, falacrão e fracassado que impede a

defesa de um propósito genuíno. Entretanto, pior do que precisar de indivíduos notáveis para evoluir é não tê-los e estagnar.

O heroísmo não é sólido e transparente. Poluído pela ganância e imperfeição humana, mostra-se contaminado pela ficção, já que heróis simples e modestos não têm sucesso. Gandhi e Madre Teresa não são tão admirados como Homem Aranha ou Batman. Estes abusam da violência e da riqueza; aqueles são pacíficos, não alarmistas e sem influência econômica, o que não faz sucesso nem é surpreendente.

A necessidade de se ter alguém para seguir demonstra a inércia e o despreparo da população, que não consegue pensar por si mesma. Esse desarranjo facilita a manipulação e a ludibriação dos ingênuos seguidores por falatrões, como Fidel Castro, capazes de tudo para chegar ao poder. Depender de líderes é perigoso, afinal sempre prevalecerá o que lhes é vantajoso e eles serão influência para a formação dos jovens.

Entretanto, não tê-los demonstra que a nação não teve sucesso em sua história, na qual não se sobressaiu ninguém digno de ser admirado. Heróis influenciam revoluções e evolução. Países desenvolvidos têm os seus. Portugal, para começar as Grandes Navegações, inspirou-se em Ulisses. No Brasil, os líderes que asseguravam a integridade da elite foram implantados, por isso são fracassados e não podem ser notáveis. Não é interessante influenciar jovens inovadores, são mais seguros os pacatos.

Heróis deveriam ser exemplos de idoneidade e não o produto de jogos de poder, já que têm prestígio e influência. Entretanto, ainda prevalece o mito da boa aparência e da vantagem, no qual o povo fica à mercê de falatrões capazes de moldar e popularizar arruaceiros histriões. Mas, apesar da ludibriação, eles são capazes de transformar e melhorar uma sociedade. Portanto, pior do que ser dependente é ser frustrado e decadente sem um mito alavancador.

4.4 LÍNGUA E LINGUAGEM

4.4.1 É patente a confusão com os homônimos e parônimos

Cláudio Márcio Bernardes

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

Algumas palavras na língua têm pronúncia igual (homônimos) ou parecida (parônimos), mas apresentam significados e grafias diferentes. É o caso de “cassar o mandato” e não “caçar o mandado”. *Cassar* significa tornar sem efeito e *caçar* é procurar, apanhar a presa ou caça. Já em *mandato* temos o sentido de delegação, autorização, procuração, diferentemente de *mandado*, ordem escrita de uma autoridade judicial ou administrativa. Neste exemplo a seguir, percebe-se bem o uso prático de homônimo e parônimo: “Jacson Lago, ex-governador do Maranhão, teve o seu *mandato cassado* pelo Tribunal

Superior Eleitoral (TSE)”. Para ficar bem estabelecido então, homônimos são palavras que apresentam pronúncias iguais, mas escritas e significados diferentes. É o caso, como se viu, de *cassar* X *caçar*. Já nos parônimos, as pronúncias são quase iguais: *mandato* X *mandado*, conforme exemplo acima.

Bastante usado no discurso forense, os parônimos *iminente* X *eminente* costumam causar certa confusão. O Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (VOLP)¹ já se encarregou de promover a distinção: *eminente* significa alto, elevado e *iminente*, próximo.

No Direito, percebe-se uma banalização do adjetivo *eminente* para se dirigir a autoridades. O curioso é que, com isso, passa-se a perder o significado original. Se o objetivo era dar destaque, relevo ao termo, com o uso vulgarizado, retirou-se a essência real do sentido. O que deveria ser *eminente* (ilustre, nobre), dada a repetição num texto, passa a

¹ Academia Brasileira de Letras. *Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa*, 4. ed., 2004. Rio de Janeiro: Imprinta, p. 295 e 428.

ser comum. O verdadeiro problema nem está com a palavra e sim com a proliferação de adjetivos: “[...] assim requer ao *eminente* magistrado julgue procedente a ação”. A cada vez que o tópico (ou sujeito) da informação é retomado, ao menos na prática forense, surgem inúmeros adjetivos, os mais empolados possíveis (douto, insigne, magnânimo e por aí vai...).

Por outro lado, o outro parônimo *iminente* significa em via de ocorrer ou, como o VOLP prescreve, próximo de acontecer: “[...] o risco *iminente* de desabamentos em época de chuva demanda uma atitude rápida do Poder Público para minimizar as tragédias urbanas”.

Já que se está falando de parônimos, é comum encontrar uma dupla deles em textos do domínio jurídico: *latente X patente*. Quando se deseja dar *status* de verdade à argumentação, revelando não haver dúvida quanto ao tópico, deve-se usar a palavra *patente*. É o que se pode apreender da frase: “fica *patente*, no Brasil, o descaso com a opinião pública na medida em que deputados e senadores não tomam providências para acabar com a farra das viagens de férias ao exterior pagas pelo contribuinte”. Optou-se pelo vocábulo *patente*, que significa claro, evidente, manifesto e não *latente*, que é justamente o

contrário: que não se manifesta, oculto, escondido. Muita gente confunde os termos e acaba usando um pelo outro. Na frase: “cometer delitos pode estar associado ao desejo *latente* por limites e certas regras não experimentados em função da ausência dos pais”, justifica-se a opção por *latente*. Os limites e regras não foram evidenciados por não terem de fato existido, logo o desejo oculto, implícito, por aquilo que se desconhece.

Deve-se, portanto, tomar cuidado na escolha dos parônimos, principalmente nos últimos, *latente* e *patente*, afinal, como se pôde notar, eles têm significados diametralmente opostos. Basta imaginar uma situação em que se afirma que os direitos fundamentais do cidadão estão *latentes* na Constituição Republicana para se iniciar uma confusão sem tamanho. Dito dessa maneira é como se se desconsiderasse todo o esforço do constituinte de 1988 em estabelecer de vez as conquistas individuais e coletivas ao longo dos anos no País. Em tempo, os direitos fundamentais estão *patentes* na nossa “Constituição Cidadã”, exaustivamente dispostos no artigo 5º. Se não são respeitados como deveriam, aí é outra história.

4.5 TÉCNICA PROCESSUAL

4.5.1 Recomendação do Ministério Público: Prestação de contas pelo Gestor do SUS

Luciano Moreira de Oliveira
Promotor de Justiça do Ministério Público
de Minas Gerais (Bom Despacho)

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE
[INDICAR A COMARCA]

RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA Nº

OBJETO: PRESTAÇÃO TRIMESTRAL DE
CONTAS PELO GESTOR DO SISTEMA ÚNICO DE
SAÚDE DE [NOME DO MUNICÍPIO]

CONSIDERANDO que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” nos termos do art. 196 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que “são de relevância pública as

ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” consoante prescreve o art. 197 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, o qual tem como diretrizes, dentre outras, “a descentralização, com direção única em cada esfera de governo” e “participação da comunidade”, conforme dispõem o art. 198, I e III da Constituição da República;

CONSIDERANDO que “as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal”, devendo obedecer, dentre outros, ao princípio da “participação da comunidade”, nos termos do art. 7º, II da Lei 8.080/90;

CONSIDERANDO que o art. 7º, IX, “a” da Lei 8.080/90 estabelece a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo e ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

CONSIDERANDO que a direção do SUS é exercida, no município, pela Secretaria Municipal de Saúde, nos termos do art. 9º, III da Lei 8.080/90;

CONSIDERANDO que “à direção municipal do

Informações Variadas

Sistema de Saúde (SUS) compete planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde”, como dispõe o art. 18, I da Lei 8.080/90;

CONSIDERANDO que “o Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo”, segundo a normativa constante do art. 1º, §2º da Lei 8.142/90;

CONSIDERANDO que o art. 186, IV da Constituição mineira estabelece que o direito à saúde implica a garantia de “participação da sociedade, por intermédio de entidades representativas, na elaboração de políticas, na definição de estratégias de implementação e no controle das atividades com impacto sobre a saúde”;

CONSIDERANDO que “são atribuições comuns ao Estado e aos municípios, em sua esfera administrativa, de acordo com a habilitação e condição de gestão do sistema de saúde respectivo, conforme definido nas Normas Operacionais do Ministério da Saúde” (...) “garantir a participação da comunidade na formulação e no controle da execução das políticas de saúde, por meio dos Conselhos de Saúde”, nos termos do art. 15, III do Código de Saúde de Minas Gerais;

CONSIDERANDO que “o gestor do Sistema Único de Saúde em cada esfera de governo apresentará, trimestralmente, ao conselho de saúde correspondente e em audiência pública nas câmaras de vereadores e nas assembleias legislativas respectivas, para análise e ampla divulgação, relatório detalhado contendo, dentre outros, dados sobre o montante e a fonte de recursos aplicados, as auditorias concluídas ou iniciadas no período, bem como sobre a oferta e produção de serviços na rede assistencial própria, contratada ou conveniada”, nos termos do art. 12 da Lei 8.689/93;

CONSIDERANDO que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente” (...) “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo”, como estabelece o art. 11, VI da Lei 8.429/92;

CONSIDERANDO que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, nos termos do

art. 127, caput, da Constituição da República;

CONSIDERANDO que o artigo 127 da Constituição da República dispõe que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”;

CONSIDERANDO que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, consoante dispõe o art. 129, II da Constituição da República;

CONSIDERANDO que o artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/1993, faculta ao Ministério Público expedir recomendação administrativa aos órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, requisitando aos destinatários adequada e imediata divulgação, assim como resposta por escrito;

CONSIDERANDO que o artigo 6º, XX, da Lei Complementar 75/1993, aplicável por força do previsto no artigo 80 da Lei 8.625/1993, dispõe que compete ao Ministério Público expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis;

CONSIDERANDO que o art. 67, VI da Lei Complementar estadual 34/1994 prevê que, no exercício de suas atribuições, o Ministério Público poderá fazer recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e dos serviços de relevância pública;

Este órgão do Ministério Público **RECOMENDA** ao Secretário(a) Municipal de Saúde de [nome do município], sr(a). [nome do secretário], bem como a quem venha lhe suceder ou substituir no seu respectivo cargo:

I – Que, no exercício de suas atribuições, adote as providências administrativas necessárias para o cumprimento das normas acima descritas, ajustando com o Conselho Municipal de Saúde de [nome do município] a realização de reuniões trimestrais para apresentação de relatório detalhado contendo, dentre outros, dados sobre o montante e a fonte de recursos aplicados, as auditorias concluídas ou iniciadas no período, bem como sobre a oferta e produção de serviços na rede assistencial própria, contratada ou conveniada, demonstrando, ainda, a compatibilidade das ações com o plano municipal de saúde;

II – Que, no exercício de suas atribuições, adote as providências administrativas necessárias para o

cumprimento das normas acima descritas, ajustando com a Câmara Municipal de [nome do município] a realização de audiências públicas trimestrais para apresentação de relatório detalhado contendo, dentre outros, dados sobre o montante e a fonte de recursos aplicados, as auditorias concluídas ou iniciadas no período, bem como sobre a oferta e produção de serviços na rede assistencial própria, contratada ou conveniada demonstrando, ainda, a compatibilidade das ações com o plano municipal de saúde;

III – Que da realização das referidas reuniões e audiências seja dada a maior publicidade possível, notificando-se, por ofício, representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários e afixando-se documento de convocação no quadro de avisos da Prefeitura Municipal, da Secretaria Municipal de Saúde e de todas as unidades de saúde do município;

IV – Que cópias dos relatórios sejam remetidas para os vereadores e conselheiros municipais de saúde, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, permitindo

seu exame antes da realização da reunião ou audiência pública;

V – Que uma cópia do relatório permaneça à disposição dos interessados na sede da Secretaria Municipal de Saúde e nas respectivas reuniões e audiências públicas;

VI – Que das reuniões e audiências públicas seja cientificado o Promotor de Justiça com atribuição na defesa da saúde da Comarca de [nome da comarca] ao qual deverá ser remetida cópia do relatório, com antecedência de 15 (quinze) dias.

Fica Vossa Senhoria ciente de que cópias desta recomendação estão sendo remetidas para o Conselho Municipal de Saúde de [nome do município] e para cada um dos vereadores deste município.

Comarca, data.

PROMOTOR(A) DE JUSTIÇA

4.6 DIREITO EM FOCO

4.6.1 Aspectos controvertidos da repercussão geral no recurso extraordinário¹



Renato Pessoa Manucci
Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e acadêmico do 10º período do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, campus Poços de Caldas

A “repercussão geral” das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário não é novidade no direito brasileiro.

Precedeu-lhe, no regime constitucional anterior, a denominada argüição de relevância da questão federal, instituto não recepcionado pela ordem constitucional vigente. Igualmente, é possível encontrar no direito alienígena institutos semelhantes, destacando-se o norte-americano, o alemão, o japonês, o argentino, o inglês, o canadense e o australiano¹.

O legislador constituinte derivado reformador, inspirado nessas experiências, ao elaborar a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 (“Reforma do Poder Judiciário”), inseriu a “repercussão geral” das

questões constitucionais como novo pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário, visando desafogar e assegurar a função de Corte Constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem como combater o problema da morosidade da justiça brasileira, propiciando ao jurisdicionado uma tutela mais célere e eficaz².

Vale lembrar, a propósito, que a busca de alternativas no combate ao problema da morosidade da tutela jurisdicional não é recente, tampouco algo inerente apenas ao direito brasileiro. Já dizia Rui Barbosa, justiça tardia é injustiça qualificada. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior³ ressalta:

Ao findar o século XX, nem mesmo as nações mais ricas e civilizadas da Europa se mostram contentes com a qualidade da prestação jurisdicional de seu aparelhamento judiciário. A crítica, em todos os quadrantes, é a mesma: lentidão da resposta da justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça [...]

Fixadas estas premissas basilares, impõe-se uma análise do novo instituto jurídico à luz dos princípios

¹ Para um maior aprofundamento, consulte-se: NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Repercussão geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 348 p.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 94 p.

² Inseriu-se, assim, o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal, dispondo que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços.” A Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, regulamentou o referido dispositivo constitucional, inserindo no Código de Processo Civil dois novos dispositivos legais, os artigos 543-A/543-B.

³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais**. Revista de Processo, São Paulo, n. 125, p. 61-78, jul. 2005, cit. p. 68.

Informações Variadas

do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, da celeridade e da efetividade processuais, verificando sua adequação ou inadequação ao modelo constitucional do Direito Processual civil brasileiro.

Nesse diapasão, Cássio Scarpinella Bueno⁴, com muita propriedade, ensina que “o fato de o acesso ao Supremo Tribunal Federal ter se restringido por força da ‘repercussão geral’, outrossim, não traz ao instituto nenhuma pecha de inconstitucionalidade no sentido *material*”.

Exatamente sobre o conceito de “repercussão geral”, verifica-se certa celeuma doutrinária: o que são questões constitucionais com “repercussão geral”? Responde o art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, que são questões relevantes do ponto de vista político, econômico, jurídico ou social, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Trata-se de um conceito jurídico vago ou indeterminado⁵.

A doutrina não é pacífica. Para uma corrente, minoritária, a “repercussão geral”, conceito jurídico indeterminado requer para sua aferição elementos de alta subjetividade do julgador, o que viola os princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal, restringindo instância recursal na medida em que impõe limitações ilegítimas ao direito de recorrer, mesmo que para uma instância recursal especial, como ocorre com o recurso extraordinário.

Outrossim, vale mencionar a crítica de Erico Vinícius Prado Casagrande⁶, para o qual a “repercussão geral” ofende o direito de acesso à jurisdição e o princípio da ampla defesa, bem como as considerações de Leonardo de Faria Beraldo⁷

para quem não existem questões constitucionais irrelevantes.

Por outro lado, há quem pense – e este é o entendimento majoritário⁸ – que este pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário prestigia a celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional, reforçando a função de Corte Constitucional do Pretório Excelso. Ademais, para os adeptos deste posicionamento, não existe a obrigatoriedade de aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição ao recurso extraordinário, razão pela qual o instituto em estudo é perfeitamente adequado ao ordenamento jurídico, contribuindo para uma maior valorização das decisões de 1ª e 2ª instâncias.

Tudo indica que o legislador sensibilizou-se com a controvérsia, prevendo um procedimento que exige a manifestação de 2/3 (dois terços) dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e a reunião do Plenário para o reconhecimento, ou não, da “repercussão geral”, o que, de certa forma, segundo Carreira Alvim⁹, garante um alto grau de certeza e segurança jurídica, mitigando os efeitos do conceito jurídico vago ou indeterminado.

Não se nega que a “repercussão geral” tenha, de certa maneira, limitado a recorribilidade plena, mas isto não implica necessariamente no reconhecimento de sua inadequação com o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o recurso extraordinário é uma espécie recursal excepcional, que não se sujeita ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Em suma, a “repercussão geral”, juntamente com as Súmulas Vinculantes, representará, sem embargo dos inúmeros posicionamentos contrários, um eficiente mecanismo de contenção do número de recursos extraordinários julgados pelo Pretório Excelso, aproximando, cada vez mais, o direito brasileiro do sistema de precedentes, típico dos países filiados à tradição da *Comom Law*, o que demonstra a grande influência do Direito norte-americano.

⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil. Vol. 05 – Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 258.

⁵ Bruno Dantas Nascimento, com muita precisão, conceitua a repercussão geral, *in verbis*: “... Repercussão geral é o pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lho terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados os legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico.” *In Repercussão geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 246/247.

⁶ CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado. **Acesso à jurisdição e requisitos específicos de admissibilidade do recurso extraordinário.** p. 158/173. *In* CASTRO, João Antônio Lima (org.). **Direito processual – enfoque constitucional.** Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008, cit. p. 169/170.

⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. **A argüição de relevância da questão constitucional no recurso extraordinário sob o prisma da EC 45/2004.** Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.6, n° 35, p. 139-153, maio/jun. 2005, cit. p. 141.

⁸ Humberto Theodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier, Luiz Manoel Gomes Junior, Rodolfo de Camargo Mancuso, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, entre outros.

⁹ CARREIRA ALVIM, J. E. **Recursos especiais repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os tribunais.** Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n° 162, p. 168/185, ago. 2008.

4.7 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.7.1 Inovações e mudanças na escola

Cristiane Alvarenga Gonçalves

Pedagoga e Especialista em Psicopedagogia

Educação lida com a vida e a vida é mudança. A prática na sala de aula deve considerar que o mundo muda a cada minuto e o aluno também. O próprio conhecimento muda. Dando relevância à frase de Paulo Freire “me movo como educador, porque primeiro me movo como gente”, pensamos que ensinar e aprender, hoje, formam o grande desafio. O aluno de hoje possui muita informação, múltiplas fontes e visões. Educar é um processo sobremaneira complexo porque a sociedade atual é também mais complexa que a de outrora.

É de urgência para nós, educadores, repensar o processo, reaprender a ensinar, elaborar estratégias, manter o foco nos saberes pedagógicos, conhecer o nosso aluno e suas necessidades, muitas vezes especiais, ampliar o nosso conhecimento de mundo e aliarmos a tecnologia.

Ao preparar sua aula, como ponto de partida, o professor deve conhecer o seu aluno, evitando, assim, o anonimato na educação. Diagnosticar a turma consiste em saber as prioridades e planejar estratégias para que aqueles alunos possam efetivamente aprender, conhecendo as suas reais necessidades.

Ao nos depararmos com a indagação “*De que meus alunos precisam para aprender melhor?*”, devemos pois buscar respostas simples a esse questionamento. E para isso, tal procedimento passa pelas seguintes vias:

- a) atender aos alunos nos seus ritmos e estilos próprios de aprendizagem;
- b) falar de coisas interessantes, com humor;
- c) partir do material concreto, daquilo que o aluno já sabe, buscando temas relacionados à sua vida e à sua experiência;
- d) pensar em atividades alternativas que valorizem a pluralidade cultural e os diferentes olhares, que muitas vezes têm necessidades educativas especiais. Cada aluno é um ser único e irrepetível.

A função de educador é de grande responsabilidade porque temos que desenvolver no aluno valores humanos indispensáveis para a sua formação, tais como honestidade, ética, respeito, solidariedade *etc.*

É sabido que, em um curso de formação de educadores, deve-se proporcionar a possibilidade de confronto dos diversos saberes pedagógicos e suas análises, almejando-se visualizar os pontos de interseção que tal confronto pode criar. A estruturação do *habitus* pedagógico impõe permear toda a formação do professor, criando também um contraponto com o *habitus*

particular e genérico que todo ser humano arraiga em si. Todas as aulas ministradas devem ser preparadas a partir não apenas do livro ou do texto indicado, mas, ainda, procurando várias outras fontes de um dado conhecimento.

De outro lado, grande parte dos profissionais da educação têm se mostrado desfavoráveis ao uso da tecnologia em sala de aula. E isso porque, muitas vezes, esses professores não tiveram contato com essa tecnologia e são resistentes em aprender a usá-las. Computador e *internet* não combinam com aulas tradicionais. Aprender a manejar um computador é simples; porém, abandonar a postura antiga não é tão fácil.

O desconhecimento dessas novas possibilidades pode conduzir a uma situação de insegurança. A aquisição do conhecimento permite o enfrentamento da vida de forma mais adequada e eficaz. Entender o mundo através do conhecimento faz-se tanto em situações simples do dia-a-dia como nos laboratórios de pesquisa. Todos nós praticamos o conhecimento diuturnamente.

O conhecimento é necessário para nos mostrar o caminho, as coisas do mundo, abrir nossa mente. Ele é igualmente imprescindível ao progresso, ao desenvolvimento de um mundo cada vez mais adaptado às vicissitudes do ser humano. Como o homem é livre, o conhecimento tem que ser igualmente. “*O conhecimento - como entendimento do mundo não é pois, um enfeite ou uma ilustração da mente e da memória, mas um mecanismo fundamental para tornar a vida mais satisfatória e mais plenamente realizada.*” (LUCKESI et al, 1997, p. 112).

O professor deve dominar além do que ensina em sala de aula. Deve o educador admitir o medo que sente em ser ultrapassado pelos seus alunos e ter a coragem de enfrentar a mudança.

‘Em verdade, professor velho não é professor idoso. Velho é o que faz tudo igual, repetidamente por anos. Sem inovar, sem avançar, sem crescer. Pode-se ser velho aos 20 anos’. Como disse Marcos Méier, a pessoa só muda quando é incomodada, quando a dor de permanecer for maior que a dor da mudança. Devemos ter humildade para aprender, só é bom para ensinar quem é bom para aprender. Amor sem competência é mero amor, não serve para nada (CORTELLA, 2002, p. 84).

Acompanhar e dominar os avanços tecnológicos são considerados fundamentais ao profissional de hoje. A tecnologia está a nosso serviço e traz ao cenário escolar novos elementos, materiais e equipamentos que muito contribuem para aprimorar a dinâmica de aulas.

O educador deve ser um mediador de conhecimentos, despertando nos alunos a vocação para a curiosidade construtiva, para a persistência, a ter empatia com o próximo. Cabe ao professor “*abandonar a roupa velha*” e observar a si próprio, olhar para si, olhar para o mundo e sugerir que os alunos façam o mesmo e não apenas ensinar regras, teorias, cálculos. Como disse Cortella (2002, p. 89), “*ensinar*”, deixar signos, marcas positivas em seus alunos. Neste acelerado ritmo em que

Informações Variadas

vivemos, transformações ocorrem a todo instante e as informações são atualizadas a cada minuto. Logo, não podemos pensar como no passado.

Transformar informação em conhecimento é certamente um dos maiores desafios profissionais dos tempos atuais. Na era da tecnologia, o importante não é somente ter acesso à informação, mas, conseguir processá-la em conhecimento.

Nossa realidade mudou, o que ontem era tido como verdade hoje é questionado e amanhã será superado.

Referências Bibliográficas:

CORTELLA, Mário Sérgio. *A escola e o conhecimento*. 10. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

FREIRE, Paulo. *A pedagogia da autonomia*. 37. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008.

LUCKESI, Cipriano Carlos; BARRETO, Eloi; COSMA, José; BAPTISTA, Naidson de Quintella. *Fazer Universidade: uma proposta metodológica*. 9. ed. São Paulo: Editora Cortez, 1997.

ROSALIND, Levacic; MARGARET, Preedy; FLATTER, Ron. *Gestão Em Educação: Estratégia, Qualidade e Recursos*. 1. ed. São Paulo: Artmed, 2006.

BITTENCOURT, Jane. *Informática na Educação: Algumas considerações a partir de um exemplo*. In Revista da Faculdade de Educação, v. 1, nº 24, São Paulo, jan/jun., 1998, p. 23-26.

4.7.2 Indicação de obra de outra área

4.7.2.1 *Imaginar a paz*. Brasília: UNESCO, Paulus Editora, 2006. 350p.

A Academia Universal das Culturas, presidida por Elis Wiesel, Prêmio Nobel da Paz, organiza, anualmente, um prestigioso fórum internacional. E foi neste contexto que os membros da Academia e especialistas oriundos de todas as disciplinas refletiram sobre a “Paz”.

Com efeito, nos dias 19 e 20 de setembro de 2002, no Grande Auditório da UNESCO, essa Academia celebrou o seu 6º Fórum Internacional, abordando especificamente o tópico “*Imagining Peace*”. Essa obra traz a abertura, a introdução, anexos variados e os textos dos principais debates e discursos proferidos pelos seus participantes. Assim, o livro reúne diversos textos das mais abalizadas autoridades mundiais, filósofos, cientistas políticos e pensadores sobre temas que percorrem e interessam a vários povos de todas as partes do mundo. Segundo palavras de Vincent Defourny, Representante na UNESCO no Brasil, em apresentação à obra:

Todavia, devido à transcendência e complexidade do tema, a UNESCO tem feito igualmente um grande esforço no plano teórico. Nessa direção, apoiou e acolheu o Colóquio Imaginando a Paz, realizado em 2002 sob os auspícios da Academia Universal das Culturas. As conferências e os debates desse evento foram posteriormente reunidos e publicados em um livro pela UNESCO, em Paris. Devido à profundidade e alcance dessa obra, a UNESCO no Brasil decidiu editá-lo em língua portuguesa.

As conferências desse colóquio foram proferidas por especialistas e pensadores de diversas tendências e culturas. Discutem de um modo geral a possibilidade de uma cultura de paz sob diversos ângulos. A idéia de imaginar a paz significa, segundo um dos participantes – Luc Ferry –, identificar os atores que estão prontos para emergir por toda parte onde a paz ainda é impensável. Consiste, igualmente, em ajudar todos aqueles que já estão em ação e, com frequência, sob a ameaça de perder a vida, quando a paz perfila-se em um horizonte somente possível, em decorrência dos inúmeros obstáculos e ciladas armados, por quem acredita que a guerra é a única solução. (p. 11-12).

Por fim, como lembrou Márcio Thomaz Bastos, então Ministro da Justiça no Brasil, em prefácio à obra:

Reunir em uma mesma obra personalidades mundiais do peso de Elie Wiesel, Umberto Eco, Paul Ricoeur e Mireille Delma-Marty já é tarefa louvável, mas quando cabeças desta magnitude se reúnem para debater um tema tão fundamental e denso como a paz, então se tem por resultado uma ferramenta importante para pesquisadores, atores políticos ou para qualquer pessoa que tenha interesse em construir uma sociedade mais justa e pacífica.

(...)O que muitos autores deixam claro ao longo dos debates, é que uma paz que certamente não podemos querer ou imaginar é aquela construída pelas armas, pela força. A paz imposta pelos mais fortes aos mais fracos, a paz que é resultado de uma opressão que sufoque o direito de resistência. A paz deve ser um esforço coletivo da sociedade baseada em valores como solidariedade e respeito mútuo. (p. 9).