

Direito Processual Coletivo como via emancipacionista

Jacson Campomizzi

ENTREVISTA
Paulo Cançado

Disseminare

Público
Constitucional
Administrativo
Institucional

Coletivo
Material e Processual

Civil
Material e Processual

Penal
Material e Processual

Informações Variadas

MPMG

jurídico

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

Ano III - julho/ agosto / setembro de 2008- Número 13
ISSN 1809-8673 - circulação nacional e internacional



Disseminare

Expediente

Procurador-Geral de Justiça
Jarbas Soares Júnior

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

Corregedor-Geral
Procurador de Justiça Márcio Heli de Andrade

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico
Alceu José Torres Marques

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo
Paulo Roberto Moreira Caçado

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional
Fernando Antônio Fagundes Reis

Secretário-Geral
Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

Chefe-de-Gabinete
Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bitencourt

Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça – CAP
Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira

Diretor-Geral
Fernando Antônio Faria Abreu

Coordenação Editorial
Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

Diretoria de Produção Editorial
Alessandra Souza Santos

Revisão
Cláudio Márcio Bernardes

Redação
Cláudio Márcio Bernardes
Fernando Soares Miranda
Samuel Alvarenga Gonçalves

Diagramação
Cláudio Márcio Bernardes
Pedro Torres
Marco Antônio Gibim

Fotos
Alex Lanza / ASC – PGJ/MG

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

SUMÁRIO

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	8
Jarbas Soares Júnior	
II APRESENTAÇÃO	8
José Renato Rodrigues Bueno	
III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL	9
1 MATÉRIA DE CAPA	
1.1 Direito Processual Coletivo como via emancipacionista	10
Jacson Campomizzi	
2 ENTREVISTA	
2.1 Paulo Roberto Moreira Caçado	18
3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL	
3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL	
3.1.1 Convenção Americana de Direitos Humanos: mitigação aos pressupostos de admissibilidade para peticionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos	20
Ana Carolina Rinco	
3.1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal. Pesos e medidas desproporcionais na efetivação de direitos individuais fundamentais	21
Marcos Pereira Anjo Coutinho	
3.1.3 Transfusão de sangue e Testemunhas de Jeová	23
Silvia Vieira Damião	
3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) Obras doutrinárias	
3.1.4.1 CHACON, Vamireh. <i>Vida e morte das constituições brasileiras</i>	24
B) Artigos	
3.1.4.4 ARAÚJO, José Henrique Mouta. <i>Ação civil pública e o controle dos atos administrativos: outros argumentos</i>	25
3.1.5 Jurisprudência da área	
3.1.5.1 TJMG, Corte Superior. <i>Ação Direta de Inconstitucionalidade. Necessidade de referência à norma estadual violada</i>	25
3.1.5.2 TJMG, 8ª Câmara Cível. <i>Princípio da simetria. A rejeição de veto oposto pelo Prefeito Municipal deve ocorrer por meio de escrutínio secreto perante a Câmara de Vereadores</i>	25

3.1.5.3 STJ, 1ª Turma. <i>Não-subsunção de agentes políticos à lei de improbidade administrativa</i>	25
3.1.5.4 STF, Pleno. <i>Não-subsunção de agentes políticos à Súmula Vinculante do STF nº 13</i>	27
3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL	
3.2.1 Bem jurídico-penal difuso	28
Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho	
3.2.2 Direito de acessibilidade aos bens culturais	29
Marcos Paulo de Souza Miranda e Andrea Lanna Mendes Novais	
3.2.3 Crediário: recusa de crédito e negativação	31
Grazielle Hespanha Trevenzoli	
3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área	
A) Obras doutrinárias	
3.2.4.1 SOUSA, José Augusto de (coord). <i>A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: Comemorando a Lei Federal 11.228, de 15 de janeiro de 2007</i> . Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, 324p.	34
B) Artigos	
3.2.4.2 FERREIRA, Ximena Cardozo. <i>A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente</i>	34
3.2.5 Jurisprudência da área	
3.2.5.1 TJMG, 17ª Câmara Cível. <i>O Ministério Público pode ajuizar ação de reintegração de posse na defesa dos direitos dos idosos</i>	35
3.2.5.2 STJ, 1ª Turma. <i>Defesa do patrimônio histórico de interesse da União. Legitimidade do Ministério Público Federal. Ausência de atribuição do Ministério Público Estadual. Impossibilidade de formação de litisconsórcio</i>	35
3.2.5.3 TJMG, 9ª Câmara Cível. <i>Plano de saúde. Impossibilidade de limitação de cobertura a determinadas doenças. Nulidade absoluta</i>	35
3.2.5.4 TJMG, 7ª Câmara Cível. <i>Degradação do meio ambiente. Análise, pelo Judiciário, da carga de lesividade da conduta praticada. Ausência de configuração de dano ambiental apto a gerar responsabilização civil</i>	36
3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL	
3.3.1 Breves apontamentos acerca da constitucionalização do direito de família	37
Juliano Silva do Lago	
3.3.2 Princípio da paternidade responsável x Direito à intimidade da mãe	38
Paula Miranda Lima	
3.3.3 Técnicas de especialização de procedimentos e tutelas jurisdicionais diferenciadas à luz da concepção instrumentalista do Direito Processual e das garantias constitucionais do acesso à justiça	40
Humberto Alves de Vasconcelos Lima	

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

- 3.3.4.1 MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil* 43

B) Artigos

- 3.3.4.2 GOMES, Daniela Vaconcellos. *A evolução do sistema do direito civil: do individualismo à sociedade* 43

3.3.5 Jurisprudência da área

- 3.3.5.1 STJ, 1ª Turma. *Ministério Público. Verbas de sucumbência* 44

- 3.3.5.2 STJ, 1ª Turma. *Interposição de recurso especial sem procuração. Pedido de juntada posterior. Possibilidade* 44

- 3.3.5.3 STJ, 4ª Turma. *União estável entre pessoas do mesmo sexo* 44

- 3.3.5.4 TJMG, 5ª Câmara Cível. *A renúncia de um dos alimentandos faz com que a integralidade dos alimentos seja transferida ao outro, não havendo que se falar em redução no valor da verba* 45

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

- 3.4.1 **O perfil criminológico: auxiliando a compreensão do fenômeno criminal** 46
Lélio Braga Calhau

- 3.4.2 **Confisco de bens no tráfico de drogas quando objeto dos contratos de alienação fiduciária** 47
Leonardo Távora Castelo Branco

- 3.4.3 **A razoável duração do processo ao enfoque da Lei de Drogas** 50
Amaury Silva

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

- 3.4.4.1 VIDAL, Hélios Simões. *Causalidade científica no direito penal* 53

B) Artigos

- 3.4.4.2 KALB, Christiane Heloísa. *Pedofilia na internet: legislação aplicável e sua eficácia na realidade brasileira* 53

3.4.5 Jurisprudência da área

- 3.4.5.1 TJMG, 3ª Câmara Criminal. *Uso de bafômetro. Salvo conduto. Habeas Corpus preventivo. Devido processo legal. Proporcionalidade* 54

- 3.4.5.2 STJ, 5ª Turma. *Parâmetro para a contagem da prescrição em relação aos atos infracionais análogos a crime* 55

- 3.4.5.3 TJMG, 3ª Câmara Criminal. *Roubo e extorsão. Impossibilidade de reconhecimento de crime único. Ocorrência de continuidade delitiva* 55

- 3.4.5.4 STJ, 6ª Turma. *Roubo e extorsão. Impossibilidade de reconhecimento de crime único. Ocorrência de concurso material* 56

4 INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 DIREITO CIVIL EM EVOLUÇÃO – PARTE II

- 4.1.1 “Direito civil constitucional”: uma nova visão do direito civil – parte II** 57
Ana Cristina Alves

4.2 ANÁLISE CRÍTICA

- 4.2.1 Ética e Amizade Pública na Política** 60
Rosângelo Rodrigues de Miranda

4.3 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

- 4.3.1 A legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito à luz da doutrina de Rosemiro Pereira Leal** 61
Paula Oliveira Mascarenhas Caçado

4.4 SOCIEDADE EM DEBATE

- 4.4.1 A eficácia das decisões** 64
Flávio Reis Mello

4.5 COMENTÁRIO A LEI OU JURISPRUDÊNCIA

- 4.5.1 A insubsistência do art. 366 do CPP diante da Lei 11.719/2008** 65
Spencer dos Santos Ferreira Junior

4.6 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

- 4.6.1 Aspectos jurídicos e contexto atual do *software* livre na Administração Pública brasileira** 68
Riany Alves de Freitas

4.6.2 Indicação de obra de outra área

- 4.6.2.1 TROTSKI, Leon. *Literatura e Revolução*.** 70

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Jarbas Soares Júnior

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

Estimados (as) Leitores (as),

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

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

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

II APRESENTAÇÃO

José Renato Rodrigues Bueno

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Para os operadores do Direito, nada melhor do que um material de consulta jurisprudencial que seja rigorosamente selecionado por áreas afins. É de suma relevância também a indicação de obras jurídicas para aparelhar a sua condução profissional. Não menos importante, ao contrário, são os artigos de opinião que, discorde-se deles ou não, constituem um instrumento dialético de pesquisa. O *MPMG Jurídico* procura oferecer tudo isso ao leitor.

Nesta edição, Jacson Campomizzi, Procurador de Justiça em Minas Gerais, na matéria de capa: *Direito Processual Coletivo como via emancipacionista*, desenvolve um raciocínio linearmente apoiado no seu trabalho de pesquisa. A argumentação de Campomizzi não se contenta com a discussão meramente ideológica, como salienta o próprio autor: *Afastadas as barreiras conservadoras de cunho ideológico liberal que ainda predominam na doutrina e na jurisprudência, os poderes públicos necessariamente tornam-se mais comprometidos com os movimentos sociais*. Refuta-se, dialeticamente, a velha desculpa da reserva do possível que justifique parques investimentos sociais. O Direito Processual Coletivo é apontado pelo autor como forma a garantir a soberania popular.

A seção de entrevista faz uma merecida homenagem a Paulo Roberto Moreira Cançado. Sua visão arrojada de administração o credencia a falar para todo o País. De *office boy* a Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo do Estado de Minas Gerais, Paulo Cançado destaca-se por sua organização e prudência, qualidades que não devem faltar aos administradores de qualquer esfera pública.

Nas seções dos diversos ramos do Direito, os temas são organizados da seguinte forma: **1) Direito Público:** Convenção Americana de Direitos Humanos; O princípio da dignidade da pessoa humana e a Súmula Vinculante nº 11 do STF; Transfusão de sangue e Testemunhas de Jeová; **2) Direito Coletivo:** Bem jurídico-penal difuso; Direito de acessibilidade aos bens culturais; Crediário: recusa de crédito e negativação; **3) Direito Civil:** Breves apontamentos acerca da constitucionalização do direito de família; Princípio da paternidade responsável x Direito à intimidade da mãe; Técnicas de especialização de procedimentos e tutelas jurisdicionais diferenciadas; **4) Direito Penal:** O perfil criminológico; Confisco de bens no tráfico de drogas quando objeto dos contratos de alienação fiduciária; A razoável duração do processo ao enfoque da Lei de Drogas.

Como se pode perceber, os temas são instigantes, recentes e polêmicos.

Em Informações Variadas, justificando o nome que batizou a Seção, os assuntos vão de ética e amizade na Política até o uso de *software* livre na Administração Pública brasileira. São discutidas algumas soluções interessantes para desafogar o Judiciário e qualificar os serviços públicos.

Dessa maneira, o Ministério Público de Minas Gerais o convida à leitura minuciosa e atenta desta revista *MPMG Jurídico*, que foi preparada com carinho e dedicação por sua equipe de dedicados profissionais.

III CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

Prezados (as) Senhores (as),

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

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

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

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

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

CONSELHO EDITORIAL

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

CONSELHEIROS CONVIDADOS

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

Envio de artigos e outras informações:

mpmgjuridico@mp.mg.gov.br

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 Direito Processual Coletivo como via emancipacionista

Jacson Campomizzi

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento,
pela Universidade Pablo de Olavide – Sevilla – Espanha.*



Jacson Campomizzi

“Trata-se aqui de agudizar o intolerável no feito dos poderes e nos hábitos que os ensurdecem, de fazê-los aparecer naquilo que eles têm de pequeno, de frágil e, por conseguinte, de acessível [...] modificar o equilíbrio dos medos, não por uma intensificação que terrifica, mas por uma medida de realidade que, no sentido estrito do termo, ‘encoraja’.”
FOUCAULT

1. INTRODUÇÃO

Um personagem de Arcand (1985), na introdução de sua película “O Declínio do Império Americano”, afirma que:

Há três coisas importantes na história. Primeiro: o número. Segundo: o número. Terceiro: o número. Isso significa, por exemplo, que os negros sul-africanos certamente um dia acabarão vencendo, enquanto os negros norte-americanos provavelmente nunca se libertarão. Isso significa também que a História não é uma ciência moral. Os direitos, a compaixão, a justiça são noções estranhas à História.

A frase pode não ser exata e provocar polêmicas, mas nos dá pontos importantes para a introdução neste capítulo. Nela observamos que os ideais democráticos estão presentes aonde apontamos nossos olhos; mas que, para se lograr uma vivência democrática emancipacionista, a interpretação dos fatos deve estar isenta de valores preconcebidos que limitam as amplas potencialidades humanas que emergem no grupo social. Pois veremos que até a questão numérica, como valor democrático absoluto, pode levar a um fundamentalismo aprisionador.

A história permite evidenciar os fatos a partir da apropriação de experiências externas, gerais e universais com assepsia moral ou ideológica. Ela não esconderá Hitler nem sublimará Cristo.

Mostra apenas, para possibilitar transformar o presente e haurir um futuro livre das violências experimentadas pela humanidade. Pois é a interpretação, senão facciosa, pelo menos tendenciosa, ao sabor da ideologia do analista, que leva à manipulação social, à opressão e às diversas formas de violência comuns a grande parte das nações do presente e do passado.

A democracia, por suposto, tem na soberania popular¹ o seu principal atributo; ela só se satisfaz quando se verifica que seu exercício está assentado nos objetivos expressos pela vontade da maioria e contrária a qualquer outra força que não espelhe essa vontade. A soberania não se exerce a contento quando sobre ela paira representações preconcebidas que a impedem de descortinar livremente seus caminhos através do exercício democrático.

Marx (2002, p. 121) é contundente ao dizer dos efeitos dessas representações sobre os homens e mulheres:

Los hombres se han forjado hasta la fecha representaciones falsas sobre si mismos, sobre lo que son o lo que deberían ser. Han racionalizado su situación de acuerdo con sus representaciones acerca de Dios, del hombre normal, etc. Las quimeras de su mente se han alzado sobre su mente misma. Los creadores han tenido que doblegarse ante sus criaturas. Liberémoslos de los fantasmas de su cerebro, de las ideas, de los dogmas, de los seres imaginarios bajo cuyo yugo se consumen. Rebelémonos contra semejante tiranía de los frutos del pensamiento. Enseñémosles a poner, en lugar de estas quimeras, pensamientos dignos de la esencia del hombre, dice el uno; enseñémosles a asumir una posición

¹ Tipologicamente é possível indicar dois poderes constituintes: a ditadura soberana e a Soberania popular. Com a ditadura soberana, pretende-se retirar a constituição vigente e impor uma outra, considerada mais justa e verdadeira, por parte de uma única pessoa, de um grupo de pessoas de uma classe social, que se apresentam como intérpretes de uma suposta racionalidade e atuam como comissárias do povo, sem ter recebido dele nenhum mandato específico. A disponibilidade de um exército ou a força de um partido e sua capacidade para conseguir obediência representam os pressupostos para o exercício desta ditadura soberana que encontra sua legitimação, não no consenso, mas na ideologia ou numa suposta racionalidade. Numa perspectiva exatamente oposta, encontramos a real Soberania do povo, que se manifesta no seu poder constituinte, pelo qual, através da Constituição, define os órgãos e os poderes constituídos e instaura o ordenamento, onde estão previstas as regras que permitem sua transformação e sua aplicação. O poder constituinte do povo conhece já procedimentos satisfatoriamente consolidados (assembléias *ad hoc*, formas de ratificação através de *referendum*), capazes de garantir que a nova ordem corresponda à vontade popular. É justamente por este motivo que o poder constituinte do povo, que instaura uma nova forma de Estado, pode ser encarado como a última e mais amadurecida expressão do contratualismo democrático: um contrato entre os cidadãos e as forças políticas e sociais, que define as formas pelas quais os representantes ou comissionados do povo devem exercer o poder, bem como os limites dentro os quais eles devem se movimentar. Se a ditadura soberana constitui um mero fato, produtor do ordenamento, o poder constituinte do povo é uma síntese de poder e direito, de ser e dever ser, de ação e consenso, uma vez que fundamenta a criação da nova sociedade no *iuris consensu*. (BOBBIO, 1997, p. 1185).

crítica frente a ellos, dice el outro; enseñemosles a arrojarlos de sus mentes, dice un tercero, y la realidad establecida se vendrá abajo.²

À parte a atitude profética do dito de Marx, pois sem interesse para este trabalho, convence o fato de que, com raras exceções, a sociedade vive sujeitada à liberdade total de mercado falsamente apresentada como um valor absoluto. Por ser posta como a única forma possível para regular suas relações econômicas, acaba por se impor como valor dominante às demais áreas que regulam as relações humanas – e o direito, certamente. Assim, torna-se uma liberdade que se impõe sobre as outras e à própria democracia, sobre a qual paira esta condição. De forma que a soberania popular é falseada, se torna insubsistente pela perda da vitalidade disposta na consistência de um movimento que se permite eleger livremente caminhos que possam atingir a realização dos direitos fundamentais.

Esse valor absoluto dá à economia um peso preponderante nas forças que atuam no palco político e por isso desequilibra ou mesmo desmonta os ideais democráticos. Numa equação de três componentes, a ordem deveria ser a seguinte: sociedade, política e economia, na qual a sociedade, através da política, dispõe sobre a economia como forma de satisfazer as necessidades de todos. Mas a realidade mostra que quem detém os bens (economia), através da manipulação da escassez, influi na política (democracia) e dita os valores que a sociedade deve seguir. A equação se mostra outra, pela inversão da ordem: economia, política, sociedade, na qual a economia acaba por satisfazer a ambição de poucos.

O reflexo dessa equação no direito é a preponderância da tradição liberal que vem sendo seguida contemporaneamente. E o problema do absolutismo dos conceitos se repete. Conforme o dito do personagem de Arcand (1985), para o qual a questão numérica é absoluta a ponto de dizer que os negros americanos nunca se libertarão, nunca assistiremos à ascensão de um negro à frente do poder nos Estados Unidos da América. Por isso, não se pode aceitar o tratamento prioritário do direito na sua tradição liberal, sob pena de não se permitir a consecução de seus ideais sociais inequivocamente presentes. A questão numérica, de maioria ou de preponderância é, portanto, sempre relativa e dependente do contexto no qual é posta. Os índios brasileiros, por exemplo, numericamente formam uma minoria. Mas quando unidos contra o latifúndio representam a maioria. Nesse caso, a propriedade deixa de ter um conteúdo de direito liberal para assumir sua função social que se afirma mediante a procedimentalidade democrática.

Esse pensamento é posto para estabelecer as ações coletivas no plano realístico que admite aquilo que é possível, mas,

também, como de forma a enfrentar as práticas hegemônicas que o absolutismo conceitual viabiliza e que dele se aproveita o mercado para impor uma hegemonia que sacrifica qualquer outro valor que não fale sua linguagem. Esse enfrentamento se justifica à medida que, na linguagem do mercado, os direitos sociais são tratados como distorções. Como bem define Hinkelammert (2008):

Distorsiones del mercado desde este punto de vista son todas las intervenciones en el mercado con el destino de asegurar universalmente o regionalmente las necesidades humanas. Por eso son distorsiones: las leyes laborales, protecciones legales del trabajo (horas del trabajo, trabajo de niños, protección de la mujer), cualquier política de asegurar universalmente sistemas de salud, de educación, de vivienda, de seguro de vejez, que tienen que ser públicas para lograr universalidad. Pero distorsión es también: política de pleno empleo, política de desarrollo en sentido integral, inclusive las políticas de protección del medio ambiente o de autonomías culturales. Pero también es distorsión cualquier control de los movimientos de capitales o de mercancías. En cambio, no es distorsión el control estricto e inclusive violenta de los movimientos de personas humanas.³

Portanto, as ações coletivas inserem-se no pluralismo democrático que admite a convivência ideológica e se afasta tanto da utopia da sociedade perfeita como da utopia do mercado total, que prega o fim da história pela vigência definitiva do capitalismo globalizante, pois, ainda nos apegando às lições de Hinkelammert (2002, p. 281), “*La utopía de sociedad perfecta imposibilita la solución de los problemas concretos, porque no parte de ellos, de hecho los desprecia en favor de la gran utopía, que hoy es la utopía del mercado total.*”⁴

2. PROCESSO COLETIVO: FORMA DE CONTROLE DO MERCADO E DE CONDICIONAMENTO DA ATIVIDADE ESTATAL

A conflituosidade social marca o processo coletivo, a partir da qual é acionado como forma de afirmação de direitos de uma ou outra coletividade. A causa do conflito social é a situação econômica dispar entre os sujeitos conflitantes que provoca uma posição de desigualdade no acesso a bens. Por isso, o objeto da ação coletiva são os bens sociais de valor econômico que uma determinada classe de pessoas busca preservar ou obter diante dos sujeitos que têm obrigação e potencial de disposição desses bens. A relação jurídica, portanto, está condicionada a uma relação de potencial econômico na qual o sujeito ativo se insere necessariamente como parte com menor potencial. É dizer que

² “Os homens se hão forjado até a data representações falsas sobre si mesmos, sobre o que são ou o que deveriam ser. Hão racionalizado sua situação de acordo com suas representações acerca de Deus, do homem normal, etc. As quimeras de sua mente se hão alçado sobre sua mente mesma. Os criadores estão tendo que se dobrar sobre suas criaturas. Liberemo-los dos fantasmas de seu cérebro, das idéias, dos dogmas, dos seres imaginários debaixo de cujo jugo se consomem. Rebelemos contra semelhante tirania dos frutos do pensamento. Ensina-mos-lhes a pôr, em lugar destas quimeras, pensamentos dignos da essência dos homens, disse um; ensinamos-lhes a assumir uma posição crítica frente a eles, disse o outro; ensinamos-lhes a retirá-los de suas mentes, disse um terceiro, e a realidade estabelecida se virá abaixo.” (MARX, 2002, p. 121, tradução nossa).

³ “Distorções do mercado desde este ponto de vista são todas as intervenções no mercado com o destino de assegurar universalmente ou regionalmente as necessidades humanas. Por isso são distorções: as leis laborais, proteções legais do trabalho (horas de trabalho, trabalho de menores, proteção da mulher), qualquer política de assegurar universalmente sistemas de saúde, de educação, de moradia, de seguro de velhice, que têm que ser públicas para lograr universalidade. Mas distorção também é: política de pleno emprego, política de desenvolvimento em sentido integral, inclusive as políticas de proteção do meio ambiente e de autonomias culturais. Mas também é distorção qualquer controle dos movimentos de capitais ou de mercadorias. Ao contrário, não é distorção o controle estrito e inclusive violento do movimento de pessoas humanas.” (HINKELAMMERT, 2008, tradução nossa).

⁴ “A utopia da sociedade perfeita impossibilita a solução dos problemas concretos, porque não parte deles, de fato os deprecia em favor da grande utopia, que hoje é a utopia do mercado total. (HINKELAMMERT, 2000, p. 281, tradução nossa).

a classe que busca a ação coletiva está sempre numa posição de desigualdade econômica que a inferioriza diante da outra. Isso não acontece quando percebemos o processo na versão individualista ou patrimonialista, na qual o sujeito economicamente mais forte tem no processo uma forma de realizar seus direitos diante de sujeito economicamente mais fraco.

Nessa linha, o processo coletivo é instrumento de aproximação igualitária dos indivíduos, ou, pelo menos, de afastamento de grandes disparidades econômicas que inferiorizam determinados grupos diante de outros. E, portanto, veremos que exerce uma atividade localizada de controle de mercados e de condicionamento da atividade estatal, pois, na base dessas grandes instituições, é que se formam os principais conflitos sociais. “*Partamos de los problemas concretos de las sociedades concretas, pero sin pretender arribar a sociedades perfectas en las que pretendidamente reinará la libertad total, la humanización total, el mercado total o la planificación total.*” (HINKELAMMERT, 2000, p. 286).⁵

Retomamos o pensamento de Hinkelammert (2000) para nos aproximar da factibilidade que marca o processo, e o fazemos sob dois aspectos. A primeira é a de que, para serem emancipacionistas, os instrumentos coletivos (aqui *lato sensu*, para abranger também as ações do Estado e das instituições de execução de política pública e de controle social⁶) devem atuar no controle do mercado total dentro de uma sociedade de mercados. E a segunda refere-se à inafastabilidade da realidade material de cada comunidade em qualquer cantão da terra que se utilize destes instrumentos, resolvendo conflitos localizados e pulverizados, mas que, nas realidades específicas, atuam de forma a controlar a expansão indefinida da lógica do mercado e a condicionar as ações do Estado para fora desta mesma lógica, formando um conjunto universal, ainda que não articulado, de luta por dignidade.

Os direitos sociais, enquanto distorções de mercado, viabilizados pelo processo coletivo, se contrapõem ao liberalismo do mercado total, marcadamente individualista e que protege os interesses da classe dos grandes proprietários, enquanto os instrumentos coletivos, utilizados nas relações concretas e localizados no contexto cultural dos grupos sociais, mas pensado como objeto universal de luta, intenta fazer prevalecer, contrariando o mercado mundial, a preservação ambiental, as condições satisfatórias de emprego e a adoção de políticas públicas emancipacionistas, por exemplo, como forma de defesa do ser humano excluído pela lógica capitalista.

O problema, portanto, está conectado à questão das distorções de mercado, cujos teóricos do capitalismo total pretendem eliminar, sem se aperceberem que sua completa eliminação importaria na supressão do próprio conteúdo concreto do mercado como proposta de solução dos problemas da humanidade. O

paradoxo serve para reforçar o papel das ações coletivas diante da evidência históricas de que o mercado não só não soluciona como intensifica os problemas que cria.

Por isso Hinkelammert (2000, p. 287) sustenta que:

La defensa del ser humano en su necesidad de reproducir la vida, puede en efecto producir efectos no intencionales que la teoría económica neoclásica llama distorsiones, pero puede ser legítimo que estas se produzcan, siendo necesario diferenciar cuáles distorsiones son necesarias para que el ser humano pueda vivir y cuales no. La actividad humana puede producir distorsiones sobre el mercado, la acción pública puede tener el mismo efecto, al igual que el mercado puede provocar distorsiones sobre el Estado y sobre las personas. Y es lógico que así suceda, pues no vivimos en una sociedad de ángeles. Pero surge un problema con el concepto de eliminación de las distorsiones, cuando el mismo es totalizado, pues esta eliminación a partir de la noción de mercados perfectos puede conducir a la destrucción del ser humano y de la naturaleza, y es un concepto que hace imposible cualquier defensa de los derechos humanos. El problema no es flexibilizar la fuerza de trabajo en función del mercado, sino flexibilizar el mercado en función de la vida humana y de la naturaleza externa.⁷

Nosso interesse neste tópico é pensar as ações coletivas dentro do contexto do determinismo econômico que busca totalizar o mercado puro como forma de reger as relações sociais e que, por isso mesmo, sobressai como a principal causa da conflituosidade social. Na acepção que temos dado ao processo coletivo tais ações, visualizadas sob sua extensa possibilidade de uso, somente são possíveis do ponto de vista emancipacionista, quando empreendidas contra esse determinismo dogmático levado a um radicalismo tal que constitui ele próprio, direta ou indiretamente, a causa que impede a emancipação das pessoas submetidas a situações que os inferiorizam perante os demais membros da comunidade humana. É que essa postura determinista envolve a própria ação do Estado, que se vê, por exemplo, direcionado a complementar o mercado com financiamentos e incentivos de toda sorte e inclusive para corrigir as chamadas falhas do mercado (externalidades, concorrência desleal ou imperfeita, falhas de informação, privação de bens públicos etc.).

As privatizações e a conquista de mercados mundiais fizeram aparecer grandes burocracias privadas nacionais e multinacionais que regem grande parte do sistema de comunicações, transportes, saúde, educação, habitação, alimentos, etc., fazendo lembrar as grandes companhias que impulsionaram o mercantilismo colonial, cuja linguagem de direitos humanos se restringe ao direito de propriedade e à livre realização de contratos. Diante da crescente burocracia privada, os poderes públicos se tornam minguados e fragilizado seu papel de agente promotor dos direitos fundamentais sociais.

⁵ “Partamos dos problemas concretos das sociedades concretas, mas sem pretender alcançar a sociedades perfeitas nas que pretensiosamente reinará a liberdade total, a humanização total, o mercado total ou a planificação total.” (HINKELAMMERT, 2000, p. 286, tradução nossa).

⁶ Por controle social entende-se a participação da sociedade no acompanhamento e verificação das ações da gestão pública na execução das políticas públicas, avaliando os objetivos, processos e resultados.

⁷ “A defesa do ser humano em sua necessidade de reproduzir a vida, pode com efeito produzir efeitos não intencionáveis que a teoria econômica neoclássica chama distorções, mas pode ser legítimo que estas se produzam, sendo necessário diferenciar quais distorções são necessárias para que o ser humano possa viver e quais não. A atividade humana pode produzir distorções sobre o mercado, a ação pública pode ter o mesmo efeito, igual que o mercado pode provocar distorções sobre o Estado e sobre as pessoas. E é lógico que assim suceda, pois não vivemos em uma sociedade de anjos. Mas surge um problema com o conceito de eliminação das distorções, quando o mesmo é totalizado, pois esta eliminação a partir da noção de mercados perfeitos pode conduzir à destruição do ser humano e da natureza, e é um conceito que torna impossível qualquer defesa dos direitos humanos. O problema não é flexibilizar a força de trabalho em função do mercado, mas flexibilizar o mercado em função da vida humana e da natureza externa.” (HINKELAMMERT, 2000, p. 287, tradução nossa).

Ainda segundo Hinkelammert (2000, p. 298):

El verdadero problema de la burocracia hoy es el de cómo enfrentar una burocracia privada que há acarapado gran parte del poder de la sociedad, y que intenta convertir a la burocracia pública en su apéndice. Por ello, el éxito de cualquier política de derechos humanos requiere de un control social de esta burocracia privada que reduce los derechos humanos a derechos de propiedad.⁸

Nesse ponto exsurtem as ações coletivas contrapondo os interesses do mercado puro com os direitos sociais que carregam. Estão propostas numa infinidade de situações e lugares e têm atingido objetivos específicos e localizados, logrando em muitos casos reter a lógica da exploração desenfreada. A preservação ambiental representa custo social, assim como o controle das tarifas de telefonia, sem falar nas ações possessórias coletivas, o controle dos monopólios e a construção de abrigos para idosos, crianças e adolescentes em desamparo. O impacto econômico causado pelo acolhimento das ações coletivas inverte o fluxo do capital, atendendo aos apelos sociais da demanda, socializando os riscos e perdas sociais, variáveis conforme a situação dos grupos, classes ou massas titulares do direito coletivo envolvidos.

O Estado, pelo menos no que se refere à realidade bra-

sileira, tem sido um grande vertedouro das ações coletivas e vários fatores podem ser apontados para justificar essa crescente conflituosidade que, em última instância, está a demonstrar o distanciamento da máquina estatal dos interesses da sociedade que ela representa. Entre esses fatores, sem dúvida toma relevo o cunho neoliberal que domina o Estado contemporâneo e o afasta das políticas sociais para seguir as “cartas de intenções” ou “acordos de metas” dos grandes organismos financeiros internacionais como condição diretiva do mercado total para que os países periféricos possam ter acesso a recursos financeiros. Outros fatores estariam ligados ao aprimoramento do direito processual coletivo; ao aparelhamento institucional do Ministério Público; à necessidade de intervenção estatal em novas áreas de regulação; à intensificação da ganância que gera a animação da corrupção.

O quadro abaixo traz as ações coletivas distribuídas na Procuradoria de Justiça de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no ano de 2007, julgadas pelo Tribunal de Justiça, e está a demonstrar que, das ações propostas contra o Poder Público, a maioria encontra supedâneo nas questões relacionadas com a defesa do patrimônio público e combate aos atos de improbidade administrativa.

II – PROCESSOS JULGADOS				
Matéria	Resultado	Subtotal	Percentagem do Resultado	Total
Patrimônio Público	Favorável	429	67,77%	633 = 32,88%
	Desfavorável	204	32,23%	
Improbidade	Favorável	238	56,40%	422 = 21,92%
	Desfavorável	184	43,60%	
Meio Ambiente	Favorável	125	58,14%	215 = 11,16%
	Desfavorável	90	41,86%	
Saúde	Favorável	137	74,46%	184 = 9,56%
	Desfavorável	47	47,54%	
Processual	Favorável	110	62,86%	175 = 9,09%
	Desfavorável	65	37,14%	
Consumidor	Favorável	107	61,49%	174 = 9,04%
	Desfavorável	67	38,51%	
ECA	Favorável	23	57,50%	40 = 2,08%
	Desfavorável	17	42,50%	
Patrimônio Histórico e Cultural	Favorável	12	44,44%	27 = 1,40%
	Desfavorável	15	55,56%	
Habitação e Urbanismo	Favorável	16	64,00%	25 = 1,30%
	Desfavorável	9	36,00%	
Portadores de Deficiência e Idosos	Favorável	8	57,14%	14 = 0,73%
	Desfavorável	6	42,86%	
Fundações	Favorável	7	70,00%	10 = 0,52%
	Desfavorável	3	30,00%	

⁸ “O verdadeiro problema da burocracia hoje é o de como enfrentar uma burocracia privada que há acumulado grande parte do poder da sociedade, e que tenta converter a burocracia pública em seu apéndice. Por isto, o êxito de qualquer política de direitos humanos requer um controle social desta burocracia privada que reduz os direitos humanos a direitos de propriedade.” (HINKELAMMERT, 2000, p. 298, tradução nossa).

Ação Civil Pública –Comp. Originária	Favorável	5	83,33%	6= 0,32%
	Desfavorável	1	16,67%	
Média geral dos resultados	Favorável	1217	63,22%	
	Desfavorável	708	36,78%	
Total dos processos julgados no período				1925 = 100,00%

Fonte: Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos. (MINAS GERAIS, 2008).

O ponto de maior incidência, a defesa do patrimônio público, está relacionado ao que se tem denominado de políticas públicas, que são ações propostas com vistas a condicionar a administração pública à adoção das políticas sociais institucionalizadas. E aqui a matéria se torna polêmica, tendo-se em vista que o direito coletivo traz uma dimensão política que o leva à judicialização da política ou, como preferem outros, à politização da justiça. Isso implica a ampliação do debate que temos assistido acerca da clássica teoria da tripartição dos poderes e do papel do direito nesse contexto. Trata-se de debate vertido pela teoria de Estado e com relação a ele nos firmaremos dentro da proposta deste trabalho que tenta erigir o processo coletivo como forma de emancipação dos grupos sociais postergados. Nesse cenário estamos firmando os movimentos sociais como protagonistas dos direitos coletivos, tornando tanto as instituições como os instrumentos manejáveis, coadjuvantes do processo de luta emancipacionista.

Bobbio (2000, p. 238) dedica uma parte de sua obra Teoria Geral da Política a discorrer sobre as relações entre poder e direito, justificando sua inserção nesse campo após observar que a filosofia do direito e a ciência política se dedicam a expressar seus conceitos de poder, todavia ignorando-se quase completamente a noção de um e de outro campo⁹. Diz que seguem dois caminhos investigativos opostos: o primeiro, a partir daquilo que torna efetivo o direito (e é o poder); e o segundo, a partir daquilo que torna legítimo o poder (e é o direito).

Para elucidar a questão, Bobbio (2000) coloca de um lado a doutrina do Estado de direito e de outro a doutrina do positivismo jurídico, estabelecendo, metaforicamente, duas pirâmides¹⁰ de escalas hierárquicas dispostas lado a lado. Na primeira pirâmide, estão os poderes dispostos em ordem hierárquica, a partir do poder soberano, situado no topo e, por isso, o fundamento da autoridade de todos os outros poderes, sob o qual vão descendendo poderes até aqueles do nível inferior. A segunda pirâmide tem no cume a norma fundamental, entendida como o fundamento de validade de todas as outras normas, a partir da qual descende a escala hierárquica das normas inferiores. Assim, projetando-se uma pirâmide na outra, o resultado é uma disposição tal que ao degrau superior de uma corresponde o degrau imediatamente inferior da outra. Ou seja, para o Estado de direito, o degrau superior é o poder; para a teoria normativa, o degrau superior é a norma fundamental.

Quanto à formação dos poderes, Bobbio (2000) explica que na teoria de Estado os poderes são constituídos de cima para baixo em escalas que parte do maior ao menor poder como

forma de obter legitimidade; enquanto para a teoria normativa a norma fundamental superior é formada a partir da base constituída pelas normas inferiores (de baixo para cima), como forma de obter efetividade. Desse modo, se a relação de subordinação é descendente em ambas as pirâmides, a partir do poder soberano, para a primeira, e da norma fundamental, na outra, quanto à sua formação ou constituição os vetores são inversos, pois parte do cume, na primeira, e da base, na segunda.

O enfrentamento da questão tem o seguinte desate:

Se por fim atentarmos para o fato de que Kelsen, todas as vezes em que descreve a ordem jurídica em graus, parte sempre da norma inferior (por exemplo, os contratos entre privados) para então chegar à norma fundamental, em um processo que ele chama de processo às avessas, e que, por outro lado, a teoria tradicional do Estado parte sempre do plano superior, isto é, do poder soberano (enquanto é o poder soberano um dos elementos constitutivos do Estado) para descer pouco a pouco aos poderes inferiores, poderíamos afirmar que a mesma ordem hierárquica, constituída por normas que instituem poderes e por poderes que criam normas, apresenta-se de dois modos distintos, dependendo se olhamos de baixo para cima, ou de cima para baixo: no primeiro sentido, parece uma subida de normas, no segundo, uma descida de poderes. Para a teoria normativa, abaixo há um poder que já não segue norma alguma (trata-se dos “atos executivos simples” de Kelsen); para a teoria tradicional do Estado, acima há um poder que precede todas as normas (enquanto na teoria normativa é precedido pela norma fundamental). Se as duas escadas terminarem na norma fundamental ou no poder soberano, depende manifestamente, uma vez mais, do diferente ponto de partida. Mas a escolha de um ou de outro ponto de partida é apenas questão de oportunidade. (BOBBIO, 2000, p. 252).

Reputamos da maior relevância a referência à dogmática do poder para tratarmos das ações coletivas contra o poder público para nos apercebermos das origens e fundamentos das barreiras interpostas a essas ações.

Verificamos que a soberania estatal é exercida pelo poder de governo que institui poderes hierarquicamente inferiores. Bobbio (2000) não faz menção expressa a esses poderes inferiores, mas podemos evidenciar, em poucas categorias, a seguinte escala, na qual temos de baixo para cima o povo, as instituições e o governo. E o poder normativo está estruturado a partir dos “atos executivos simples”, passando pelas normas inferiores, como os “contratos privados” até chegar à norma fundamental.

Fazendo aportes de natureza social a essa visão estruturalista de poder que nos permite a teoria crítica, verificaremos

⁹ “Na imensa literatura politológica sobre o conceito de poder, raramente me aconteceu encontrar referências à teoria do direito. Igualmente, na teoria geral do direito, raramente, e eu poderia até mesmo dizer nunca, me aconteceu encontrar alguma referência às mil sutis e sofisticadas variações que sociólogos e politólogos desenvolveram sobre o conceito de poder nos últimos anos.” (BOBBIO, 2000, p. 238)

¹⁰ Sobre a representação piramidal, “[...] mais apropriada porque leva em conta não apenas a dimensão em cima-embaixo, mas também o fato de que, à medida que se avança de baixo para cima, o número de normas e de detentores de poder diminui”. (BOBBIO, 2000, p. 251).

que a sociedade organizada está alijada dessas estruturas de poder. O Estado de direito apenas reconhece a *liberdade* de associação de categorias humanas e pouco ou nada reconhece seus *poderes*, pois a visão é sempre individualista, seja na ótica do poder soberano do Estado ou na prevalência normativa cuja base é a liberdade contratual entre particulares que restringe (ou mesmo não enxerga) o poder do sujeito coletivo de direito. Em ambos os casos os movimentos populares são vistos para além da legitimidade conferida ao Estado e da efetividade conferida ao direito e nesse rumo se assenta impossível uma transformação emancipacionista da ordem.

Por isso, Bobbio (2000, p. 240) afirma que:

No fim, ambos chegam à mesma conclusão, vale dizer, à conclusão de que existe um poder legítimo distinto do poder de fato, já que discutem o problema tradicional de toda a teoria privatística do Estado, que deve encontrar, de alguma maneira um critério de distinção entre a ordem coativa do Estado e a ordem igualmente coativa de um bando de malfeitores, ou da máfia, ou da sociedade secreta revolucionária.

Essa última assertiva do filósofo não pode prescindir da análise contextual em que a doutrina tradicional do Estado e do positivismo jurídico foram formuladas. Porque, conforme hoje as conhecemos, assentam suas raízes no contexto da sociedade industrial formada a partir da segunda metade do século XIX, cujas exigências econômicas, ‘ameaças’ do comunismo e dos movimentos que proliferavam sob variadas ideologias, exigiam a estruturação do direito e do Estado de forma a preservar os valores liberais contra esta sorte de ondas.

O contexto atual está a exigir outra postura do direito e do Estado. E a teoria crítica dos direitos humanos confronta esses valores liberais insertos no Estado e no direito com a realidade que encontra despossuídos de alimentos, de local para refugiar-se, de habitação, de saúde, de educação. Verte suas investigações ao encontro das causas, evidenciando-as e propondo estratégias de atuação assentadas em “[...] *prácticas sociales que posibilitan la apertura y la consolidación de espacios de lucha por la dignidade humana.*” (FLORES, 2000, p. 234).¹¹

Nessa direção, e com suporte nos princípios da democracia participativa, os movimentos sociais devem emergir como sujeitos legítimos de poder, para influir, condicionar e direcionar as políticas públicas. Porque as pirâmides mostradas pelo texto de Bobbio (2000) estão a sustentar um poder ainda maior – o poder econômico –, cuja pirâmide tem demonstrado relacionar-se com as outras numa relação de continente-conteúdo, que se exerce como forma de manter os poucos privilegiados que o dominam; e o Estado ao absolutismo de suas regras.

Daí que, seguindo a representação piramidal para evidenciar a estrutura tradicional de poder, devemos acrescentar a pirâmide do poder econômico, e estruturar a pirâmide de poder da sociedade civil, cuja interação possa levar a uma sociedade mais justa. A criação de novas formas de poder leva ao ajuste e transformação dos poderes já estruturados e a um novo equilíbrio da ordem social.

O direito coletivo está para modificar a estrutura do positivismo jurídico liberal quando subordina as relações privadas, como os contratos entre particulares, à função social que hoje os direciona, de forma que a escala de poder no direito se vê alterada. A mesma alteração ocorre na estrutura de poder pela ótica das teorias de Estado, à media que os movimentos sociais, enquanto concorrentes agentes promotores dos direitos coletivos galgam escalas na pirâmide hierárquica de poder. O resultado, na interação da representação piramidal, é um poder maior da sociedade civil, de forma a realizar os objetivos do Estado Democrático Constitucional de Direito.

Por isso, não se pode falar preconceituosamente de politização do Judiciário ou judicialização da política, porque a tendência dessa postura é manter a estrutura conservadora do poder como forma de preservação desse estado de privilégios e exclusão social.

Portanto, o direito coletivo pode fortalecer o protagonismo dos grupos sociais na firmação das políticas públicas e isso tem sido demonstrado pela crescente incidência das ações coletivas ajuizadas contra o Estado. Essas ações buscam, por exemplo, assegurar a aplicação do percentual orçamentário (quotas mínimas destinadas pela lei para satisfação de direitos coletivos) destinado à educação e à saúde públicas; a preservar planos diretores de política habitacional; a impor posturas públicas que alijam os loteamentos clandestinos; a impor a obrigação de instituir os conselhos de controle social (conselhos de saúde pública, conselhos tutelares e de direitos da infância e juventude, de proteção ao consumidor, etc.), e uma grande variedade de ações que visam a priorizar os investimentos sociais nas áreas de saúde, educação, segurança, meio ambiente, proteção de incapazes, idosos e menores.

As objeções tradicionalmente elencadas ao efetivo valor dos direitos coletivos não se sustentam diante das cartas internacionais de direitos humanos, das constituições, das leis processuais e materiais de muitos países, bem como da prática judiciária que vem distendendo suas velhas e retrógradas barreiras.

Essas objeções estão assentadas em argumentos tais como a ausência de garantias jurídicas que tornam os direitos coletivos meros “direitos de papel”¹², cuja imprecisão do conteúdo os rebaixam à categoria de pretensões ou meras expectativas; que esses direitos normalmente são postos contra o Estado, o que os tornam de difícil realização, porque importam em grandes investimentos de recursos econômicos que condicionam materialmente sua realização.

Concernente às garantias de efetividade dos direitos metaindividuais, pensamos que as fórmulas construídas pelo direito são adequadas à tutela. A imprecisão de conteúdo deve ser compreendida como uma fórmula que clama a interpretação e não a negação, pois compreende uma abertura direcionada exatamente a não limitar esses direitos. Nesse sentido, institutos como a não-taxatividade das ações coletivas, a legitimidade dos grupos e classes sociais através da representação, a coisa julgada coletiva e figuras como o mandado de injunção, para suprir falta de norma regulamentadora dos direitos constitucionalmente assegurados,

¹¹ “Práticas sociais que possibilitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana.” (FLORES, 2000, p. 234, tradução nossa).

¹² Na expressão de Ricardo Gustini (apud UGARTE, 2006, p. 152).

se apresentam como sólidas garantias jurídicas.

A esse respeito, diz Almeida (2003, p. 156):

José Carlos Barbosa Moreira, um dos juristas brasileiros mais autorizados a falar sobre o direito comparado, chegou a afirmar que, em relação à tutela dos direitos de massa, a Constituição brasileira de 1988 assumiu proporções inéditas, consagrando-se com um realce que não encontra paralelo nas Constituições anteriores e até mesmo no direito constitucional comparado.

E mais: já se observou em tópicos anteriores que o avanço da legislação brasileira já está exercendo influência sobre ordenamentos jurídicos de outros países, como a Argentina, o Uruguai. E ainda: a Corte Suprema de Portugal, em setembro de 1977, entendeu possível a tutela via *ação popular* de direitos individuais homogêneos, utilizando na sua interpretação a legislação e a doutrina brasileiras.

Quanto às objeções de caráter material, delimitadas às obrigações de fazer que exijam gastos orçamentários não previstos pelo poder público, igualmente não faltam regras materiais especialmente erigidas para condicionar a discricionariedade do administrador público aos investimentos, possibilitando um controle social e jurisdicional do orçamento público.

Nesse contexto, têm relevo as normas constitucionais que estabeleceram prioridades e metas sociais que devem necessariamente estar previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, a partir das quais os investimentos nas áreas de saúde e educação recebem tratamento prioritário, com especial atenção à área de proteção à criança e ao adolescente, eleita pela Constituição Federal como de absoluta prioridade.¹³ A partir daí a discricionariedade torna-se limitada, cedendo lugar à realização do direito coletivo, dentro da realidade financeira do contexto no qual foi planteado.

O fato é que o tratamento da questão financeira não está adstrito aos direitos coletivos e, sim, na multiplicidade das relações jurídicas, bastando lembrarmos dos custos dos direitos políticos para o Estado e daqueles necessários à preservação do direito de liberdade, como os custos públicos de proteção da propriedade.

Por outro lado, o fato de a obrigação imposta à Administração implicar a realização de uma despesa não pode evidentemente constituir um critério: é uma consequência da maior parte das decisões judiciais. A ação civil pública intentada no campo das relações de consumo, para impedir a majoração ilegal das

tarifas, pode sem dúvida ter consequências mais relevantes sob esse aspecto do que a obrigação imposta a município de construir uma escola primária. (FONTES, 2005, p. 483).

O problema financeiro que se interpõe à realização de direitos, respeitadas as especificidades, têm uma pauta comum representada pelo limite contextual que, no direito privado, sujeita à percepção dos direitos do credor à possibilidade financeira do devedor. Como no direito coletivo, sói acontecer da necessidade ultrapassar a possibilidade, todavia, dentro da realidade do devedor, a obrigação deve ser cumprida. “*Por lo tanto, el argumento de que sólo la satisfacción de los derechos sociales es económicamente costosa resulta falaz: puede decirse que es más onerosa, pero no puede afirmarse que es la única protección de derechos fundamentales materialmente costosa.*” (UGARTE, 2006, p. 156).¹⁴

3. CONCLUSÃO

O objetivo dessa discussão é dizer que não só não prosperam as objeções interpostas ao reconhecimento dos direitos coletivos, subordinados que estão às prioridades e às cotas inseridas pela sociedade na Constituição Federal, mas ir além, para dizer da necessidade de superação dos limites dogmáticos: vê-los a partir da perspectiva dos movimentos sociais e na extensão da soberania popular que lhes cabe e legitima os próprios poderes públicos. Nesse horizonte, abrem-se as possibilidades das práticas sociais emancipacionistas. Afastadas as barreiras conservadoras de cunho ideológico liberal que ainda predominam na doutrina e na jurisprudência, os poderes públicos necessariamente tornam-se mais comprometidos com os movimentos sociais. Estes têm fortalecido seu papel na sociedade, quando se apoderam de espaços de luta, nos quais, em cada âmbito, o capitalismo selvagem encontra resistência diante das proposições de direito coletivo. Assim, o mercado total encontra a opção do mercado solidário, cuja lógica foge do absolutismo do lucro, para encontrar outras formas de suprimento das necessidades, como a troca do petróleo venezuelano por médicos cubanos, recentemente assistida. O Judiciário, outrora cerrado aos apelos coletivos, ganha importância necessária para resgatar seu papel na construção da democracia.

¹³ Arts. 195, § 2º, 198, II, 212, § 3º, e 227, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁴ “Portanto, o argumento de que só a satisfação dos direitos sociais é economicamente custosa resulta falaz: pode dizer-se que é mais onerosa, mas não pode afirmar-se que é a única proteção de direitos fundamentais materialmente custosa.” (UGARTE, 2006, p. 156, tradução nossa).

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- ADITAL: Notícias da América Latina e Caribe. Brasil, 14 mar. 2007. Entrevista com François Houtart. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=28058>. Acesso em: 18 abr. 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARTIÈRES, Philippe. In: GROS, Frédéric. (Org.). *Foucault: a coragem da verdade*. São Paulo: Parábola Editorial, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana*. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 8, p. 37-38, jan./jun. 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. In: BOVERO, Michelangelo. (Org.). *Teoria geral da Política: A Filosofia Política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- _____; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1997.
- BOLTANSKI, Luc; CHIAPPELLO, Éve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Madrid: Ediciones Akal, 2002.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 58.682-8. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Diário de Justiça da União, p. 50864, Brasília, 16 de dezembro de 1996.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (CDC). Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102415>> Acesso em: 4 maio 2008a.
- BRASIL. Lei nº 7.437, de 24 de julho de 1985. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=129654>> Acesso em: 4 maio 2008b.
- CAMPOS, Shirley de. Silicose. Disponível em: <http://www.drashirleydecampos.com.br/noticias/3957> . Acesso em: 27 maio 2008.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRAZIER, Chris. *História del Mundo – Dossiers para entender el mundo*. Barcelona. Intermón Oxfam, 2007.
- DÍAZ-SALAZAR, Rafael. (Ed.). *Justicia global: las alternativas de los movimientos del Foro de Porto Alegre*. Barcelona: Intermón Oxfam, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- FLORES, Joaquín Herrera. *O nome do riso: breve tratado sobre arte e dignidade*. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúcia, 2007.
- _____. *La reinención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.
- FLORES, Joaquín Herrera. (Ed.). *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2000.
- GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: matriz e posibilidad de derechos humanos*. Murcia: David Sanchez Rubio, Gráficas F. Gomez, 2008.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GROSSI, Yonne de Souza. *Mina de Morro Velho: a extração do homem, uma história de experiência operária*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) *Pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HINKELAMMERT, Franz. In: FLORES, Joaquín Herrera. (Ed.). *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2000.
- _____. *La transformación del Estado de Derecho bajo el impacto de la estrategia de globalización*. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/hoyos/13Hinkelammert.pdf>> . Acesso em: 15 abr 2008.
- FOLHA ON LINE. 10% mais ricos no Brasil detêm 75% da riqueza, diz Ipea. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u402034.shtml>.> Acesso em: 15 maio 2008.
- KEYNES, John Maynard. *Las Consecuencias Económicas de La Paz*. Editorial Crítica: Madrid, 2002.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MARX, Carl. *Antología*. Edición de Jacobo Muñoz. Barcelona: Ediciones Península, 2002.
- MENDES, Gilmar Moreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MILARÉ, Edis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MINA do Morro Velho. Disponível em: <http://www.descubraminas.com.br/destinoturísticos/hpg_pagina.asp?id_pagina=2278&id_pgiSuper=>>. Acesso em: 26 maio 2008.
- MINAS GERAIS. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 151.874-1/02. Relator: Juiz Ferreira Esteves. Belo Horizonte, 6 de abril de 1994.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Cível nº 151.874-1. Relator: Juiz Jarbas Ladeira. Belo Horizonte, 15 de setembro de 1993.
- MINAS GERAIS. Ministério Público. Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos. Dados estatísticos de 2007. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/extranet/portal/index.jsp#svgCVnxA09MCP9gsH5gzSvMCUixzJvhCLjxyYjvzW92CPr3BYL2BOMxzJf2BeLMCLLgDHn0BTbhBLrxySetm3KtmSugEPnhDLnvzJf2BOCYCLnwyVruAYvwA0fwr4rNCH5wz0DskPSd>> Acesso em: 23 jun. 2008.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NUÑEZ, Orlando. *La sociedad civil*. Panamá: Ruth Casa Editorial, 2005.
- O DECLÍNIO do Império Americano. Direção: Denys Arcand. Canadá. Europa Filmes, 1985.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 23. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- UGARTE, Pedro Salazar. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. México: FCE, IJ-UNAM, 2006.
- VENTURINI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

2. ENTREVISTA

2.1 Paulo Roberto Moreira Caçado

MPMG JUR: Considerando a sua vasta experiência institucional, quais são os principais pontos de diferenciação entre o Ministério Público atual e o Ministério Público anterior à Constituição de 1988?

Paulo Caçado: Ingressei no *Parquet* Mineiro por meio do XXII concurso de 1988. Considero-me ser um “antigo-novo da carreira ministerial”: vivenciei de perto, como ex-servidor da Procuradoria-Geral e mesmo como “Office-boy” da AMMP., a rotina pretérita (vergonhosa e humilhante) de verdadeira mendicância dos membros do MP para conseguirem promoção e assim movimentarem-se na carreira. Sem o aval de deputados, de secretários de estado, e enfim do governador, um membro do Ministério Público não conseguia ser nomeado para a comarca pretendida. A minha turma, a do XXII concurso, foi a primeira a experimentar a independência administrativa, quando o Procurador-Geral de Justiça da época – Dr. Aloísio Quintão – assinou os quarenta e dois atos de nomeação daqueles novos promotores de justiça.

Em breve digressão, vale destacar que antes a Constituição de 1967 incluía o *Parquet* em uma seção do capítulo do Poder Judiciário e a Emenda 1/1969 o situava entre os órgãos do Poder Executivo, com o advento da Constituição de 1988, deu-se ao Ministério Público o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. Neste sentido, foram também ampliadas as suas funções, passando o *Parquet* a atuar não só como *persecutio criminis* e promover os interesses privados indisponíveis – curadoria de menores, curadoria de falência, etc - , mas também lhe incumbindo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Veja-se que com a Constituição de 1988 foi assegurado ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa, e, em Minas Gerais, a Carta Estadual de 1989, de forma expressa no seu art. 122, previu a benfeiteira autonomia financeira.

Por fim, sobrelevo a criação do Conselho Nacional do Ministério Público para controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos membros - introduzido pelo art. 130-A na Carta da República, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 - motivada para ajustar e acompanhar os poderes extraordinários conferidos à Instituição, como os ligados a promoção de inquéri-

tos civis, ações civis públicas e processos administrativos investigatórios. Neste sentido, como retratado, o Ministério Público é uma instituição essencial, permanente e se encontra, nos dias de hoje, em franco processo de amadurecimento e de legitimação dos poderes que lhe estão conferidos pela Constituição/1988.



Paulo Roberto Moreira Caçado

O nosso entrevistado desta edição é um dos grandes nomes do Ministério Público mineiro. Paulo Roberto Moreira Caçado é detentor de uma trajetória marcante na Instituição. Já há alguns anos como Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo, seu nome e sua obra destacam-se dentro e fora do *Parquet* mineiro. E sua administração tem servido de balize e referência nesta e em gestões passadas.

Nesta entrevista especial, ele nos conta como foi o seu ingresso no Ministério Público, compartilha conosco um pouco de sua experiência administrativa e institucional, analisa como tem sido o papel da Instituição na defesa da sociedade e, entre outras questões, apresenta-nos os grandes desafios para 2009.

MPMG JUR: O senhor realizou um trabalho magnífico na Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa nos últimos 04 (quatro) anos, tanto em favor dos membros quanto dos servidores do Ministério Público. Quais foram as principais diretrizes que o senhor seguiu para exercer uma gestão tão profícua?

Paulo Caçado: Aprendi a importância, desde cedo, de ouvir as pessoas, tentar compreendê-las e pugnar por ser justo, sem perder o foco que se impõe ao Administrador agir em nome do interesse público. Acreditando no trabalho em equipe, procurei reconhecer os talentos da Casa e potencializá-los. Outro elemento que contribuiu para o êxito dos projetos e elevação significativa dos recursos orçamentário-financeiros foi o estabelecimento de ações estruturadas, com metas e medições aferidas e controladas. Friso, contudo, que os louros devem ser dirigidos a toda equipe administrativa pois sem o esforço e o talento de cada um, isoladamente, nada seria possível! Não poderia ainda deixar de citar, por medida de inteira justiça, das parcerias que firmamos com os titulares de pasta e dos técnicos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e com o Tribunal de Contas.

MPMG JUR: O que representou para a sua vida pessoal essa grande experiência administrativa que o senhor teve nesses últimos anos?

Paulo Caçado: Pessoal e profissionalmente muito me valeram estes quatro anos à frente da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Administrativa. Foi um exercício

constante da paciência, tolerância, aprendi a ouvir mais. Tive uma visão macro da Instituição. Tive momentos de orgulho e outros de muita reflexão acerca do trabalho que o Ministério Público desenvolve em prol da sociedade. Conheci grandes pessoas que dão a vida pela Instituição e que me motivaram a continuar. Aprendi ainda que não basta ter boa vontade, mas que é preciso conhecer e compreender. Que experiência não se compra, mas se adquire. Que o trabalho em equipe, com a liderança firme e

segura do então Procurador-Geral de Justiça – Dr. Jarbas Soares Júnior – hoje faz parte indelével de minha história. Finalmente, sou muito grato ao Jarbas pela oportunidade e confiança que me foram dados para ao seu lado chefiar a pasta administrativa da Instituição, porque, como dito acima, houve um amadurecimento pessoal que fortaleceu ainda mais o meu núcleo familiar.

MPMG JUR: Como o senhor analisa o papel do Ministério Público atualmente na defesa da sociedade?

Paulo Caçado: A presente fase, notadamente marcante, apresenta um Ministério Público diligente e sensível aos fatos sociais, com perfil também resolutivo, voltado à defesa e a tutela dos direitos difusos e coletivos, atribuindo-lhe não só legitimidade para ações de proteção e responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica, como também diligente na adoção de medidas necessárias para coibir os abusos e as ilegalidades.

É necessário que todos, indistintamente, estejam cômicos daquilo que a sociedade espera do Ministério Público: - atuação firme, que previna a existência de crimes, em todos os âmbitos (contra o patrimônio, o meio ambiente, sistema financeiro etc...) e sendo assim, não se concebe mais o Promotor ou Procurador de Justiça trancafiados em seus gabinetes. Urge que saiam para conhecer de perto os problemas que afligem a sociedade e que tomem as medidas necessárias a se lhe garantir um mínimo de proteção.

MPMG JUR: Quais serão os grandes desafios do Ministério Público mineiro para 2009?

Paulo Caçado: O maior desafio do MP para o exercício de 2009, voltando a pergunta para a área em que atuo, será, indubitavelmente, como compatibilizar as demandas ministeriais com os reflexos da provável queda da arrecadação pelo Estado. A crise financeira se instalou em setembro de 2008, e de imediato, secaram-se os recursos financeiros, antes colocados à disposição pelas instituições financeiras ao consumidor, à indústria, ao comércio, e mesmo a algumas outras instituições financeiras. A crise não foi provocada pelo Brasil, antes, nós brasileiros e mineiros, vínhamos cumprindo de forma exemplar uma cartilha de contenção de gastos, de incremento na produção e nos investimentos. Minas Gerais sobressaia (e ainda se

apresenta como paradigma) no cenário nacional e de outro lado, o Brasil, juntamente com a Índia e a China, países emergentes, davam amplo sinal de crescimento. Veio a crise e nos impôs restrições e a desaceleração da economia. A crise surgiu pela ausência do Estado na economia, mais precisamente, da inércia e da irresponsabilidade dos Estados Unidos em se permitir o crédito fácil sem qualquer controle. Surgiu a bolha imobiliária que iria estourar a qualquer momento e o governo Bush fechou os olhos acreditando de forma leviana que a explosão não seria tão rápida. Creio, portanto, que haverá também no Ministério Público uma desaceleração em seu crescimento, quer sob o ponto de vista material ou mesmo na contratação de pessoal. Torna-se necessário neste momento ter fé e acreditar que tudo passará e que venceremos desde que estejamos unidos.

MPMG JUR: O senhor acredita que a sociedade poderá ser transformada por intermédio do Direito?

Paulo Caçado: A grande transformação ocorrerá quando, através do emprego do Direito, conseguirmos a inclusão social de todos aqueles que se encontram marginalizados. Quando exigirmos educação e saúde de forma decente para todos. Quando lutarmos de forma intransigente pela dignidade humana. Podemos, sim, através e pelo Direito transformarmos a sociedade, mas necessário que tenhamos esse ideal como lema de vida. Nós Promotores e Procuradores de Justiça não podemos descansar enquanto perdurar a desigualdade social, a má distribuição da riqueza; enquanto nossos irmãos morarem em lugares parecidos com pocilgas longe de tudo e esquecidos por todos. Acredito primeiro em Deus, depois acredito nas pessoas, sou um homem de fé, e que a sociedade reclama ter regras claras e justas, sob o estado democrático do direito.

MPMG JUR: Qual mensagem o senhor deixaria para os leitores do MPMG Jurídico?

Paulo Caçado: Damos as mãos. Enfrentarmos juntos todos os desafios. O Ministério Público não nos pertence, somos apenas instrumento para realização do Direito. Desejo a todos, neste final de ano, muita saúde, prosperidade, paz, harmonia. Terminei citando uma expressão vetusta de Fernando Pessoa, já conhecida pela maioria dos homens e que vale a pena ser lembrada: *“Tudo vale a pena quando a alma não é pequena!”*

A todos, o meu muito obrigado!

3 INFORMAÇÕES JURÍDICAS DE INTERESSE INSTITUCIONAL

3.1 PÚBLICO: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E INSTITUCIONAL

3.1.1 Convenção Americana de Direitos Humanos: mitigação aos pressupostos de admissibilidade para peticionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Ana Carolina Rinco

Graduada pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Ubá. UNIPAC

Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Newton Paiva

Pós-graduanda em Direito Tributário pela Rede LFG - UNIDERP



Ana Carolina Rinco

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) faz parte do sistema regional de proteção aos direitos humanos. A Convenção é um tratado que versa principalmente sobre direitos civis e políticos, isto é, direitos de primeira geração, os quais possuem cumprimento imediato e demandam uma abstenção estatal. Já com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais a Convenção reserva apenas um artigo (Artigo 26), desta feita assemelha-se ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A Convenção entrou em vigor no Brasil em 1992, entretanto, cumpre ressaltar que nesta data o Brasil deixou de aderir à cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, vindo a aderir somente em 1998, momento em que passou a ser possível a demanda internacional na Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil.

Para proteção, garantia e monitoramento dos direitos previstos na Convenção foram criados dois órgãos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possuem competência subsidiária aos Estados-Parte. Segundo o disposto no artigo 44 do Pacto de San José a Comissão tem competência para examinar comunicações de pessoas ou grupo de pessoas ou entidade não-governamental atinentes à violação dos direitos constantes na Convenção por um Estado-Parte. Os legitimados quando são violados em seus direitos podem propor suas petições à Comissão, bastando que sejam atendidos os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 46, vejamos:

Artigo 46

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;
- que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- que a matéria da petição ou comunicação não esteja pen-

dente de outro processo de solução internacional; e

d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Da análise dos requisitos acima expostos encontraríamos uma grande dificuldade em peticionar junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos se estes pressupostos houvessem de ser rigorosamente cumpridos. Entretanto, a própria Comissão ciente das falhas dos Estados-Parte prevê também no artigo 46.2 exceções aos pressupostos, afastando-se o rigorismo excessivo para uma verdadeira efetivação dos princípios consagrados pelo Pacto de San José da Costa Rica, dentre eles, principalmente, o da dignidade da pessoa humana, senão vejamos:

Artigo 46

2. As disposições das alíneas “a” e “b” do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

No que tange ao primeiro pressuposto do artigo 46.1, “a” é certo que muitas vezes há a evidente impossibilidade de se esgotar a jurisdição doméstica, um bom exemplo é o Brasil onde a justiça é sinônimo de morosidade e impunidade. Desta feita se não fosse possível a mitigação dos pressupostos de admissibilidade impossibilitados estariam mais uma vez os direitos humanos.

Como consequência lógica da mitigação ao primeiro pressuposto (artigo 46.1 “a”) temos a mitigação do segundo pressuposto (artigo 46.1 “b”), pois não há como obedecer ao segundo pressuposto (temporal) se não há como cumprir o primeiro, já que neste caso não teremos uma decisão definitiva.

Especialmente com relação ao Brasil ocorre também a mitigação do pressuposto do artigo 46.1 “c” vez que não haverá litispêndia internacional, pois o Brasil não aderiu a nenhum outro órgão internacional.

Essa mitigação aos pressupostos de admissibilidade atende, sem deixar nenhuma dúvida, ao grande interesse da comunidade internacional em busca da concretização dos direitos humanos, bem como demonstra a sensibilidade e atenção da

Convenção para com esses direitos, pois de nada adiantaria tratados maravilhosamente redigidos se não fosse possível garantir o acesso aos seus órgãos de proteção. A Convenção está aí para

garantir os direitos humanos não só no papel, mas também de uma maneira realmente efetiva, portanto, voltemos nossos olhares mais atentos a este instituto.

BIBLIOGRAFIA:

WEIS, Carlos. Direitos Humanos contemporâneos. Maleiros Editores, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo.

ALMEIDA, Patrícia Donati. Opinião consultiva (OC) 11/90 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: esgotamento dos recursos jurídicos internos. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Condenação Internacional do Brasil por violação de Direitos Humanos e cumprimento de sentença sponte sua. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional Público, parte geral. Vol. 02, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

3.1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal. Pesos e medidas desproporcionais na efetivação de direitos individuais fundamentais

Marcos Pereira Anjo Coutinho

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

*Pós-graduado em Tutela dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos - UNAMA
Pós-graduado em Controle da Administração Pública - UGF
Graduado em Direito na UERJ.*



**Marcos Pereira Anjo
Coutinho**

A Constituição da República já completou a maioria e, mesmo com as inúmeras emendas, tem o inegável êxito de manter preservado seu núcleo principiológico - as denominadas cláusulas pétreas.

A solidez institucional e democrática trouxe, como consequência natural, a eliminação da atrofia dos Poderes Legislativo e Judiciário, reinserindo-os no contexto das atividades políticas do Estado brasileiro.

Em nosso país, por razões diversas, entre elas a incapacidade legislativa, tem havido um expansionismo judiciário. O Poder Judiciário, hodiernamente, vem ocupando “vazios de poder” deixados pelo Legislativo e Executivo. Típicos exemplos são as especificações das hipóteses de nepotismo, em interpretação ao princípio da moralidade administrativa, as decisões sobre a amplitude do conceito de vida e aborto de fetos anencefálicos, a judicialização das políticas públicas e a questão relativa à capacidade investigatória criminal do Ministério Público.

Tais fenômenos não são estranhos quando se perfaz a análise histórica de democracias ocidentais mais antigas do que a nossa, nas quais, invariavelmente, a tripartição dos poderes não se mostra, também, matematicamente igual, existindo fases de maior expansão e retração Legislativa, Executiva ou Judiciária, na esteira dos diferentes matizes sociais.

Isso contribui por evidenciar, positivamente, a realiza-

ção do sistema democrático brasileiro, não obstante o deletério passado patrimonialista e burocrático, que ainda hoje embota, em parte, os anseios constitucionais de um Estado democrático gerencial.

Tendo o Poder Judiciário sua maior participação nos rumos do Estado brasileiro após 1988, coincidentemente houve o incremento da atuação da polícia em desfavor de abastados (fenômeno ordinário derivado do fortalecimento institucional), fato que nunca se viu nos anos de ditadura militar. Entretanto, tem sido verificada uma desproporcional reação política da Suprema Corte brasileira (não do Poder Judiciário uniformemente compreendido) contra essa ordem acontecimentos, colaborando para a atualidade da assertiva de Roberto Lyra, emérito professor catedrático de Direito Penal da antiga Universidade do Estado da Guanabara:

Os mais perigosos, os que iludem a Justiça, não estão nos cárceres. E as redes judiciárias sempre foram insuficientes para pescar no mar das imunidades políticas e econômicas.¹

Em anomalia sistêmica, sem paralelo em outros Estados Democráticos, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 11, cujo teor expõe o seguinte:

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

Abusos de autoridade cometidos na utilização vexatória de algemas e lesões à dignidade cidadã representariam o mote

¹ Apud ALMEIDA, Gevan de Carvalho. *O Crime Nosso de Cada Dia*. Rio de Janeiro: ed. Impetus. 2004. p.26/27.

para tal normatização, também sendo destacado o argumento absolutamente legítimo de que as prisões não devem ser alvo de sensacionalismo midiático.

A partir dessa súmula, a temática das algemas tomou conta da sociedade brasileira, quase como uma telenovela dramática em horário nobre: algemar seria uma extensão natural da restrição ao *status libertatis* do cidadão preso por ordem judicial ou em flagrante? Algemar seria moralmente correto? É intrinsecamente mais humilhante do que a própria prisão? Deve-se punir o mau policial que abusa da sua autoridade no uso de algemas? A polícia é a vilã ou a heroína na prisão de endinheirados?

Curiosamente, em todos esses questionamentos, não observou a sociedade e, acredita-se, tampouco a Suprema Corte, o deletério caráter da regulamentação sumular, que vai muito além da simplória discussão do uso correto ou errado de algemas.

A pretexto de inibir abusos indiscutivelmente reprováveis, estabeleceu-se um amplo e inédito juízo de “contaminação” do devido processo legal.

Ou seja, se um policial abusa na utilização de algemas, a prova colhida na casa do cidadão algemado pode eventualmente ser questionada e o auto de prisão em flagrante perde a eficácia prisional, apesar de nenhuma relação haver entre a coleta das provas ou a decisão judicial propulsora da prisão e o crime de abuso de autoridade. Lado outro, se um Juiz de Direito abusa da autoridade ao deixar, por exemplo, um réu acusado de homicídio algemado durante uma sessão do Júri, o julgamento pode ser anulado, apesar da desconexão material entre o abuso de autoridade e o litígio criminal em si.

Não é preciso maior ilação para perceber o quão foi oportuna a súmula vinculante nº 11 para os processados por crimes sofisticados de colarinho branco, contra a ordem econômica e administração pública que porventura já tenham sido presos e algemados: o próprio conteúdo probatório dos processos poderá ser abortado, cabendo ao STF a cômoda situação, caso assim entenda, de sequer ingressar no cerne da acusação, limitando-se

a reconhecer questões preliminares obstativas do desagradável enfrentamento do *meritum causae*.

Ao invés de se punir o servidor público ruim, imuniza-se o investigado ou réu, em colossal amplitude.

E, neste ponto, como tribunal político que legitimamente é, perdeu o Supremo Tribunal Federal uma excelente oportunidade de mostrar e destacar para a sociedade, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade, qual o seu entendimento acerca das nuances relacionadas às violações à dignidade da pessoa humana, por ações ou omissões do Estado brasileiro.

E o que se busca dizer com isso?

Na medida em que a Suprema Corte disciplina a simplória questão das algemas com a magnitude de uma súmula vinculante e deixa de sumular, por exemplo, as hipóteses de ilicitude, responsabilidade civil do Estado e de nulidade de prisões em decorrência de superlotação dos estabelecimentos prisionais, evidencia-se que, proporcionalmente, o Supremo Tribunal Federal declara ao Brasil ser mais importante, na salvaguarda de princípios constitucionais e garantias individuais, a questão das algemas do que a nociva desestrutura carcerária nacional.

Assim, ao nulificar atos processuais e desconstituir prisões por uso incorreto de algemas, mediante súmula vinculante e ao não editar súmula de igual natureza para anular prisões de detentos que, acautelados em verdadeiras masmorras medievais, são obrigados a dividir espaço em celas que excedem, em inúmeras ocasiões, dezenas de vezes a sua capacidade máxima, realça a nossa Corte Maior, de forma nua e crua, as suas preocupações mais sensíveis na temática de direitos humanos.

As leis, regulamentações, atos normativos e congêneres, por vezes, recebem nomes e títulos, pelas mais variadas razões. Foi assim, por exemplo, com a *Lei* nº 1.390, de 3 de julho de 1951 (“*Lei Afonso Arinos*”), a *Lei* nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (“*Lei Maria da Penha*”) e, agora, com a súmula vinculante nº 11 do STF (“*Súmula Dantas*”).



3.1.3 Transfusão de sangue e Testemunhas de Jeová

Silvia Vieira Damião

*Analista do Ministério Público de Minas Gerais
Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Constitucional*

Cada vez mais os Promotores de Justiça, os Procuradores do Estado e os Juízes de Direito vêm se deparando com o dilema da transfusão de sangue aos pacientes Testemunhas de Jeová. O tema envolve valores constitucionais importantíssimos, quais sejam: vida e liberdade. Por isso, imprescindível uma avaliação prudente, partindo da análise se há perigo iminente de vida ou não.

Partindo da legislação existente, tem-se o Código de Ética Médica, instituído por meio da Resolução CFM nº 1.246/88, segundo o qual é vedado ao médico:

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida; art. 56: Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida; art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Assim, havendo recusa da transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética, deverá observar a seguinte conduta: se não houver perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis. E aqui entram em conflito dois direitos fundamentais: vida e liberdade.

Segundo o Min. Gilmar Mendes, “o reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado”¹.

Por outro lado, a vida humana é um direito fundamental, indisponível, inviolável, também previsto no art. 5º, “caput” da CF e não pode ser desprezada, mesmo porque precede o exercício de quaisquer outros direitos. O direito à vida é um critério orientador do sistema normativo, daí decorrendo inclusive a dignidade da pessoa humana, um dos valores que orientam a República (art. 1º, III).

Contudo, os “direitos fundamentais podem ser objetos de limitações, não sendo, pois, absolutos”² e fazendo-se imprescindível proceder ao juízo de ponderações.

Segundo Gilmar Mendes:

o juízo de ponderação liga-se ao princípio da proporcionalidade. (...) O exercício da ponderação é sensível à idéia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo status hierárquico, os princípios constitucionais po-

dem ter ‘pesos abstratos’ diversos. (...) É importante perceber que a prevalência de um direito sobre o outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. (...) Deve-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial³.

Assim, uma simples declaração de vontade do paciente não tem o condão de tornar absoluto o direito à liberdade religiosa em detrimento do direito à vida. **Vislumbra-se, pois, que caso se opte pela liberdade religiosa, restará suprimido o núcleo essencial do direito à vida, tendo em vista o iminente perigo que corre o paciente.** Caso se opte pelo direito à vida, ainda prevalecerá a possibilidade de o paciente continuar professando sua fé, ainda que, em parte, essa situação tenha sido, justificada e excepcionalmente, desrespeitada. O Estado, tendo a possibilidade de evitar tais condutas, tem o dever de impedi-las, sob pena de eliminar o direito fundamental vida, em seu **núcleo essencial**. Assim, no confronto entre os valores vida e liberdade religiosa, esta última não pode prevalecer se aniquilar por completo a vida.

Some-se a isso que o Estado possui o dever de proteção para com seus cidadãos e aqui surge uma observação importante levantada pela Professora Roberta Kaufmann⁴:

(...) a renúncia a direitos fundamentais também não se revela absoluta e não pode significar a opção pela morte, sob a responsabilidade do Estado. Tal fato se revela de importância lapidar quando se está diante de situação na qual o paciente submeteu-se, voluntariamente, à tutela estatal, internando-se em hospital público. Nesses termos, o Estado se vincula, por meio do seu dever de proteção, a salvar a vida da paciente, ou a empreender todos os meios possíveis para tal mister. Assim, não é dado ao Hospital das Clínicas abster-se de realizar os procedimentos médicos recomendados pela ciência para salvar a vida do paciente, sob o argumento de que o paciente os recusa. Destarte, se em determinado caso concreto se tiver de realizar a ponderação entre os valores autonomia de vontade/liberdade religiosa e o direito à vida, esta haverá de prevalecer, porquanto revela um dever de agir do Estado de proteger a vida dos pacientes internados em hospitais públicos. (...)

Assim, também nos hospitais privados, surge o direito/dever do médico de empreender todos os esforços possíveis para salvar a vida do paciente, cumprindo o dever que lhe impõe sua profissão. Caso assim não faça, pode responder pela sua omissão.

Todo o arcabouço legislativo legitima a transfusão de sangue, ainda que sem o consentimento do paciente, em casos de eminente perigo de vida. Para fins criminais, a atuação médica nesses casos estaria resguardada pela autorização normativa

¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007. P. 409.

² MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 120.

³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007. P. 275.

⁴ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa. O caso dos pacientes testemunhas de Jeová internados em hospitais públicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1455, 26 jun. 2007.

prevista no §3º do art. 146 do Código Penal⁵, o que nos faz concluir que o legislador infraconstitucional, seguindo o disposto na Constituição Federal, preferiu o direito à vida. Também a jurisprudência majoritária autoriza a transfusão de sangue nesses casos⁶.

Portanto, considerando que os direitos fundamentais não são absolutos e havendo prova de iminente perigo de vida, na tentativa de compatibilização entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, deve-se optar pela vida, pois, caso contrário, haverá a supressão do núcleo essencial de tal direito.

⁵ Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: (...)§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

⁶ Apelação cível nº 595000373, sexta câmara cível, Tribunal de Justiça do rs, relator: Sérgio Gischkow Pereira, julgado em 28/03/1995.

3.1.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.1.4.1 CHACON, Vamireh. **Vida e morte das constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 212p.

Cientista político da Universidade de Brasília, o Autor, com maestria, desnuda, à luz da história e da política, os acontecimentos prévios e relevantes de cada momento constituinte que o Brasil passou, desde do século XIX, com a Constituição de 1824, até a Assembléia Nacional Constituinte, ao final de mais um período de exceção. A obra, extremamente documentada, impõe a reflexão, notadamente para os constitucionalistas, sobre a natureza, o titular e o conteúdo verdadeiros do Poder Constituinte

Originário, à medida que descreve pormenores de bastidores, em relação aos quais não é possível fazer abstração para se situar tão-somente no texto constitucional pronto e acabado.

A obra se dirige àqueles que não se convencem de que a Ciência Jurídica se externa tão-somente no nível positivo, olvidando dos condicionamentos pré-legais, ou mais especificamente, pré-constitucionais.

B) Artigos

3.1.4.2 ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Ação civil pública e o controle dos atos administrativos: outros argumentos**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 55, outubro de 2007, p. 82-89.

O autor é mestre e doutor em Direito pela UFPA. É também Professor Titular e Pesquisador da UNAMA, Professor da CESUPA e FACIL/PA. É ainda Procurador do Estado do Pará e Advogado.

Nesse artigo, é estudada a base constitucional da utilização da ação civil pública como forma de controle dos atos administrativos praticados pelo Poder Público. Destaca-se a obra pela seleta referência jurisprudencial coletada pelo autor.

Por fim, cita-se trecho de suas elucidativas lições:

Aliás, não só a ação civil pública serve de instrumento

de controle. Ela se enquadra num contexto constitucional ainda maior, que engloba outras ações constitucionais, como a ação popular, mandado de segurança (individual ou coletivo), etc.

Outrossim, além desses instrumentos de controle, não se deve olvidar que o controle dos atos deve ser feito pela própria Administração, que detém o poder de rever os seus atos eivados de vícios. O administrador, nesse particular, mais do que ninguém, analisa, revisa e controle seu ato e a sua atividade, visando adequá-lo à legalidade, sem prejuízo do controle posterior a ser feito pelo Poder Judiciário (p. 82).

3.1.5 Jurisprudência da área

3.1.5.1 TJMG, Corte Superior. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Necessidade de referência à norma estadual violada.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - APONTAMENTO GENÉRICO DE DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO QUE TERIA SIDO VIOLADO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI MUNICIPAL VIOLADOR DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REFERENTE A ARTIGOS DE UMA EMENDA AO PROJETO DE LEI. A ausência de referência específica e justificável à norma da Constituição do Estado que teria sido violada, somada à invocação de normas genéricas, torna impertinente o

pedido inicial formulado em Ação Direta de Inconstitucionalidade, levando à extinção do processo sem julgamento de mérito. O artigo 118 da Constituição do Estado faz menção a “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal”. O pedido na ação deve ser direcionado à declaração de inconstitucionalidade, de lei ou de ato normativo e não de artigos de uma emenda ao projeto de lei, mesmo que essa emenda seja aprovada e seu conteúdo incorporado ao texto final da lei. (TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.319836-3/000, Rel. Des. Roney Oliveira, j. 14.04.2004, DJ 14.05.2004).

3.1.5.2 TJMG, 8ª Câmara Cível. Princípio da simetria. A rejeição de veto oposto pelo Prefeito Municipal deve ocorrer por meio de escrutínio secreto perante a Câmara de Vereadores

EMENTA: EMENTA: CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO LEGISLATIVO - REJEIÇÃO DO VETO - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - VOTAÇÃO NOMINAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 66, § 4º, CR/88 - ESCRUTÍNIO SECRETO - OBRIGATORIEDADE - MAIORIA ABSOLUTA - PRIMEIRO NÚMERO INTEIRO APÓS A METADE DOS ASSENTOS - CÂMARA MUNICIPAL - REGIMENTO INTERNO - PRINCÍPIO DA SIMETRIA COM O CENTRO - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DISPENSA - SENTENÇA MANTIDA. 1 - O art. 66, § 4º, da CR/88 exige votação secreta para a rejeição, por maioria absoluta dos membros das Casas Legislativas do Congresso Nacional, do veto presidencial oposto a projeto de lei, o que se aplica aos Poderes Legislativos Estaduais e Municipais em virtude do princípio da simetria com a Constituição da República. 2 - No mesmo diapa-

são, a maioria absoluta dos membros da Câmara Municipal de Lima Duarte é formada pelo primeiro número inteiro precedido da metade dos assentos daquela Casa Legislativa, cujo Regimento Interno, art. 66, inc. II, recebe interpretação conforme a Constituição da República de 1988 para aplicar-se exegese viabilizadora do processo legislativo democrático de derrubada do veto oposto a projeto de lei pelo Poder Executivo Local. 3 - A interpretação conforme a Constituição, por veicular juízo afirmativo da constitucionalidade da norma interpretada, dispensa, quando exercida no âmbito do controle concreto e difuso de constitucionalidade, a instauração do incidente processual atinente ao princípio da reserva de plenário (full bench) de que trata o art. 97 da CR/88. 4 - Sentença confirmada no reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários. (TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível/Reexame Necessário 1.0386.03.900003-2/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. 17.02.2005, DJ 10.06.2005).

3.1.5.3 STJ, 1ª Turma. Não-subsunção de agentes políticos à lei de improbidade administrativa

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EX-PREFEITO. CONDUTA OMISSIVA. CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO ADMINISTRATIVA. DECRETO-LEI N.º 201/67. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N.º 8.429/92. COEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VOTO DIVERGENTE DO RELATOR.

1. Conduta de ex-prefeito, consistente na aquisição de combustíveis, sem a efetivação de processo licitatório.

2. Razoabilidade de enquadramento nas sanções por infrações político-administrativas e na Lei n.º 8.429/92, que define os atos de improbidade administrativa.

3. Os ilícitos previstos na Lei n.º 8.429/92 encerram delitos de responsabilidade quando perpetrados por agentes políticos diferenciando-se daqueles praticados por servidores em geral.

4. Determinadas autoridades públicas não são assemelhadas aos servidores em geral, por força do cargo por elas exercido, e, conseqüentemente, não se inserem na redução conceitual do art. 2º da Lei n.º 8.429/92 (“Reputa-se agente público, para os

efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”), posto encartados na lei que prevê os crimes de responsabilidade.

5. O agente político exerce parcela de soberania do Estado e por cause atuam com a independência inextensível aos servidores em geral, que estão sujeitos às limitações hierárquicas e ao regime comum de responsabilidade.

6. A responsabilidade do agente político obedece a padrões diversos e é perquirida por outros meios. A imputação de improbidade a esses agentes implica em categorizar a conduta como “crime de responsabilidade”, de natureza especial.

7. A Lei de Improbidade Administrativa admite no seu organismo atos de improbidade subsumíveis a regime jurídico diverso, como se colhe do art. 14, § 3º da lei 8.429/92 (“§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182

da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.”), por isso que se

infiere excluída da abrangência da lei os crimes de responsabilidade imputáveis aos agentes políticos.

8. O Decreto-lei n.º 201/67, disciplina os crimes de responsabilidade dos a dos agentes políticos (prefeitos e

vereadores), punindo-a com rigor maior do que o da lei de improbidade. Na concepção axiológica, os crimes de responsabilidade abarcam os crimes e as infrações político-administrativas com sanções penais, deixando, apenas, ao desabrigo de sua regulação, os ilícitos civis, cuja transgressão implicam sanção pecuniária.

9. Conclusivamente, os fatos tipificadores dos atos de improbidade administrativa não podem ser imputados aos agentes políticos, salvo através da propositura da correspectiva ação por crime de responsabilidade.

10. O realce político-institucional do thema iudicandum sobressai das conseqüências das sanções inerentes aos atos ditos ímprobos, tais como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

11. As sanções da ação por improbidade podem ser mais graves que as sanções criminais tout court, mercê do gravame para o equilíbrio jurídico-institucional, o que lhe empresta notável colorido de infração penal que distingue os atos ilícitos civis dos atos ilícitos criminais.

12. Resta inegável que, no atinente aos agentes políticos, os delitos de improbidade encerram crimes de responsabilidade e, em assim sendo, revela importância prática a indicação da autoridade potencialmente apenável e da autoridade aplicadora da pena.

13. A ausência de uma correta exegese das regras de aplicação da improbidade pode conduzir a situações ilógicas, como aquela retratada na Reclamação 2138, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, que por seu turno, calcou-se na Reclamação 591, assim sintetizada: “A ação de improbidade tende a impor sanções gravíssimas: perda do cargo e inabilitação, para o exercício de unção pública, por prazo que pode chegar a dez anos. Ora, se um magistrado houver de responder pela prática da mais insignificante das contravenções, a que não seja cominada pena maior que multa, assegura-se-lhe foro próprio, por prerrogativa de função. Será julgado pelo Tribunal de Justiça, por este Tribunal Supremo. Entretanto a admitir a tese que que ora rejeito, um juiz de primeiro grau poderá destituir do cargo um Ministro do STF e impor-lhe pena de inabilitação para outra função por até dez anos. Vê-se que se está diante de solução que é incompatível como o sistema.”

14. A eficácia jurídica da solução da demanda de improbidade faz sobrepor-se a essência sobre o rótulo, e contribui para emergir a questão de fundo sobre a questão da forma. Consoante assentou o Ministro Humberto Gomes de Barros na Rcl 591: “a ação tem como origem atos de improbidade que geram responsabilidade de natureza civil, qual seja aquela de ressarcir o erário, relativo à indisponibilidade de bens. No entanto, a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do direito civil A circunstância de a lei

denominá-la civil em nada impressiona. Em verdade, no nosso ordenamento jurídico jurídico, não existe qualquer separação estanque entre as leis civis e as leis penais.”

15. A doutrina, à luz do sistema, conduz à inexorável conclusão de que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da lei de improbidade. O fundamento é a prerrogativa pro populo e não privilégio no dizer de Hely Lopes Meirelles, verbis: “Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. (...) Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados (cit. p. 77)” (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., p. 76).

16. Aplicar-se a Lei de Improbidade, cegamente, pode conduzir à situações insustentáveis enunciadas pelo voto preliminar do Ministro Jobim, assim descritos: a) o afastamento cautelar do Presidente da República (art. 20, par. único. da Lei 8.429/92) mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depender da autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 102, I, b, c; c o art. 86, caput); ou ainda o seu afastamento definitivo, se transitar em julgado a sentença de primeiro grau na ação de improbidade que venha a determinar a cassação de seus direitos políticos e a perda do cargo: b) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do Congresso Nacional e do presidente da Câmara dos Deputados nas mesmas condições do item anterior, a despeito de o texto constitucional assegurar-lhes ampla imunidade material, foro por prerrogativa de função em matéria criminal perante o STF (CF, art. 102, I, b) e regime próprio de responsabilidade parlamentar (CF, art. 55, II); c) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do STF, de qualquer de seus membros ou de membros de qualquer Corte Superior, em razão de decisão de juiz de primeiro grau; d) o afastamento cautelar ou definitivo de Ministro de Estado, dos Comandantes das Forças Armadas, de Governador de Estado, nas mesmas condições dos itens anteriores; e) o afastamento cautelar ou definitivo do procurador-geral em razão de ação de improbidade movida por membro do Ministério Público e recebida pelo juiz de primeiro grau nas condições dos itens anteriores” 17. Politicamente, a Constituição Federal

inadmite o concurso de regimes de responsabilidade dos agentes políticos pela Lei de Improbidade e pela norma definidora dos Crimes de Responsabilidade, posto inaceitável bis in idem. 18. A submissão dos agentes políticos ao regime jurídico dos crimes de responsabilidade, até mesmo por suas severas punições, torna inequívoca a total ausência de uma suposta “impunidade” dele-

téria ao Estado Democrático de Direito.

19. Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo desprovido, mantendo o acórdão recorrido por seus fundamentos. (STJ, 1ª Turma, REsp 769811 / SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Relator para Acórdão Min. Luiz Fux, j. 19/06/2008, DJe 06/10/2008)

3.1.5.4 STF, Pleno. Não-subsunção de agentes políticos à Súmula Vinculante do STF nº 13

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de

cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido. (STF, Pleno, Recl-MC-AgR 6650 / PR, Min. Rel. Ellen Gracie, j. 16.10.2008).

3.2 COLETIVO: MATERIAL E PROCESSUAL

3.2.1 Bem jurídico-penal difuso



Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Em sentido amplo, *bens* são coisas materiais ou objetos imateriais que possuem um valor. Portanto, compreendem tudo aquilo que nos é valioso, razão pela qual são disputados e estão expostos a algum perigo. Entre eles o Direito seleciona aqueles que são dignos de proteção e os erige a bens jurídicos¹.

Bem jurídico, portanto, é todo aquele protegido pelo Direito. Segundo conceitua FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, são “valores ético-sociais que o direito seleciona,

com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou lesões efetivas”².

Nessa linha, o mencionado doutrinador define *bem jurídico-penal* como “aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais”³.

O referido autor ainda ensina que, mesmo em relação aos bens jurídico-penalmente protegidos, o direito penal restringe sua tutela a certas espécies e formas de lesão. Portanto, não abrange todos os bens jurídicos, nem todos os possíveis modos de agressão⁴.

Analisado o conceito de bem jurídico-penal, passamos a verificar a definição de interesse difuso dada por nosso ordenamento jurídico.

Interesses ou direitos difusos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”⁵.

Diferenciam-se dos coletivos que são os “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”⁶.

Também não se confundem com os individuais homogêneos que são os “decorrentes de origem comum”⁷ e compreendem “os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato”⁸.

Além da ausência de vínculo associativo, de alcançar uma cadeia abstrata de pessoas, do vínculo fático entre os titulares, os interesses difusos têm como características a ocorrência de *lesões disseminadas em massa* e a *potencial e abrangente conflituosidade*⁹.

Verifica-se, portanto, que a sociedade transformou-se e ficou muito complexa. Com isso, houve um avanço de novas formas de criminalidade, especialmente no tocante a interesses difusos, como os delitos econômicos e ambientais. Assim, o direito penal tradicional tornou-se insuficiente para resolver esses novos conflitos.

“A sociedade de massa trouxe fenômenos sociais e jurídicos que não poderiam ser adequadamente resolvidos dentro da legislação então vigente, fundamentada na proteção individual”¹⁰. Por essa razão, atualmente, a tutela penal dos interesses difusos é uma necessidade indispensável, pois visa a proteger bens valiosos para a sociedade.

GIANPAOLO POGGIO SMANIO propõe a seguinte classificação de bens jurídico-penais¹⁰:

a) de natureza individual, “são os referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular”. Como exemplos, podem ser citados: a vida, a integridade física, a propriedade e a honra.

b) de natureza coletiva, “que se referem à coletividade, de

¹ Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 15-16.

² *Op. cit.*, p. 16.

³ Francisco de Assis Toledo, *Op. cit.*, p. 17.

⁴ Francisco de Assis Toledo, *Op. cit.*, p. 17.

⁵ Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 81, parágrafo único, inc. I.

⁶ Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 81, parágrafo único, inc. II.

⁷ Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 81, parágrafo único, inc. III.

⁸ Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 10ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6.

⁹ Gianpaolo Poggio Smanio, *Tutela Penal dos Interesses Difusos*, São Paulo: Atlas, 2000, p. 27.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 108.

forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares”. Estão compreendidos dentro do interesse público. Podem ser citados como exemplos a incolumidade pública e a paz pública.

e) de natureza difusa, “que também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares”. Contudo, trazem uma conflituosidade social que contrapõem diversos grupos dentro da sociedade. São exemplos o meio ambiente, as relações de consumo, a saúde pública e a economia popular.

Verifica-se, assim, que a diferença entre os bens jurídico-penais de natureza individual e os de natureza coletiva e difusa é que estes são indivisíveis em relação aos titulares e os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares, enquanto

aquele é divisível e os indivíduos têm disponibilidade sem afetar os demais¹¹.

A distinção entre os bens jurídico-penais de natureza coletiva e os de natureza difusa é que em relação a estes há uma *conflituosidade social* que contrapõe os grupos dentro de uma sociedade. Na proteção ao *meio ambiente*, por exemplo, estão contrapostos interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental, e na proteção das *relações de consumo* estão contrapostos os fornecedores e os consumidores¹².

Portanto, bem jurídico-penal difuso é aquele relevante para a sociedade, do qual o indivíduo não pode dispor sem afetar a coletividade, indivisíveis em relação aos titulares, que trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos sociais.

¹¹ Gianpaolo Poggio Smanio, *Op. cit.*, p. 108.

¹² Gianpaolo Poggio Smanio, *Op. cit.*, p. 108.

3.2.2 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, 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 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 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.*

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 aos 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 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 destes 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 visível, 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

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 29.08.2008.

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.

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 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:

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).

⁴ Luiz Antonio Miguel Ferreira *Acessibilidade: Pessoa com Deficiência e Imóveis Adaptados*. Disponível em: http://www.ampid.org.br/Artigos/Imoveis_Adaptados_Luiz_Antonio_Ferreira.php Acesso em 29.08.2008.

3.2.3 Crediário: recusa de crédito e negatização



Grazielle Hespanha Trevenzoli

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

Introdução

O presente artigo tem como objetivo precípuo analisar criticamente como a doutrina e a jurisprudência pátrias têm se posicionado diante deste relevante tema presente na esfera do Direito do Consumidor, qual seja, o crediário e suas implicações, como a negatização do nome do consumidor em caso de inadimplência.

Para tanto, faz-se necessário analisar alguns julgados brasileiros, bem como a realidade do sistema de crédito direto ao consumidor oferecido pelo comércio no momento do pagamento da compra por ele efetuada.

O crediário

O crediário é o produto da relação que se estabelece entre o comerciante e o cliente no momento da concessão do crédito, ou seja, que possibilita o parcelamento do valor devido. Os prazos variam conforme o tipo e o valor do bem financiado e a capacidade de pagamento do comprador. As taxas de juros são fixadas pelas instituições financeiras que operam com as lojas comerciais.

Grazielle Hespanha Trevenzoli

Não há um dever legal por parte do vendedor de efetuar vendas que tenham como forma de pagamento o crediário. Tal prática deve ser vista como uma liberalidade que assiste ao comerciante, e não como uma obrigação. Destarte, indispensável a vontade de ambas as partes para a concretização do crediário.

As condições a serem preenchidas pelo comprador na concessão do crediário variam de acordo com o fornecedor ou comerciante, visto que em alguns estabelecimentos são exigidos apenas alguns documentos e ausência de negatização do nome do comprador nos serviços de proteção ao crédito, enquanto em outros necessário será apresentar comprovação de renda, bem como o estabelecimento de uma parcela mínima de entrada.

No entanto, a fim de proteger a igualdade e a dignidade humana, que são princípios resguardados pela Constituição Federal, mister se faz que tais condições ou exigências sejam pré-definidas pelo comerciante, de modo a evitar qualquer tipo de discriminação ou favorecimento.

A negatização pelos Serviços de Proteção ao Crédito

Uma das exigências mais comuns na concessão de crédito ao consumidor é a consulta do seu nome nos Serviços de Proteção de Crédito (SPC).

Tais serviços, que dedicam-se à análise e concessão de informações ao comerciante nas decisões sobre concessão de crédito, são geralmente ligados ao setor do comércio, de forma a proteger os comerciantes contra consumidores que já se encontrem endividados. É a chamada negatização do nome do mau pagador, que constitui um direito dos credores.

Se a ausência do nome do comprador no SPC for uma condição pré-estabelecida pelo comerciante na concessão do crediário, e tal exigência não se verificar, lícita será a recusa de crédito àquele cliente.

Assim decidiu o Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul, in verbis:

CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. NEGATIVA DE CONCESSÃO DE CRÉDITO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. LIBERALIDADE DO COMERCIANTE, DESDE QUE FUNDADA EM CRITÉRIOS OBJETIVOS, NÃO DISCRIMINATÓRIOS, AUSENTE CONDOTA VEXATÓRIA.

1. Em se tratando de concessão de crédito, à fornecedora é dado estipular limites, desde que embasados em critérios objetivos e pré-estabelecidos. A relação que se estabelece entre o comerciante e o cliente no momento da concessão do crédito, embora regida pelas regras protetivas do CDC, ocorre à similitude de qualquer contrato sinalagmático, sendo a vontade das partes requisito indispensável para a sua concretização. Assim, não estando preenchidos os requisitos objetivamente estabelecidos pela ré para a abertura do crediário, tem-se como lícita a recusa havida.

2. Ausência de demonstração dos fatos constitutivos do direito da autora. Prova colhida que não confirma a alegada e conduta acintosa por parte dos funcionários da ré, da qual seja possível denotar desrespeito à pessoa do consumidor, tampouco a ocorrência de situação vexatória. Os danos morais devem se limitar às situações de efetiva violação da dignidade da pessoa humana, sob pena de se banalizar o instituto. Os meros incômodos decorrentes da situação narrada são inerentes à vida em relação e, por isso, não indenizáveis.

Manutenção, pelos seus fundamentos, da sentença que julgou improcedente o pedido.

RECURSO DESPROVIDO. (TJ RS- RECURSO INOMINADO N° 71001110857)

Portanto, ao se considerar a concessão de crediário como uma liberalidade do comerciante, não há que se falar em danos morais pela negativa de crédito ao consumidor por seu nome constar em algum cadastro dos Serviços de Proteção ao Crédito.

Os limites da negatização

Uma importante questão a ser abordada no tema do crediário diz respeito à negatização indevida nas agências de proteção ao crédito. Para que haja tal negatização, é necessário que exista um débito que justifique a restrição do crédito, além do aviso prévio e do limite temporal da inclusão do nome do devedor em tais cadastros.

Além disso, a negatização exige, evidentemente, que a dívida exista e que seu valor seja líquido e certo, bem como que a data prevista para o pagamento tenha vencido. Sem tais pressupostos, a inclusão do consumidor nos bancos de dados dos Serviços de Proteção ao Crédito será abusiva, o que ensejará ressarcimento de possíveis danos materiais e morais sofridos pelo consumidor por conta do equívoco.

Ponto relevante a ser tratado diz respeito ao limite temporal pelo qual o nome poderá constar nos cadastros de maus pagadores e sobre o aviso prévio.

O artigo 43 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor exigem que o consumidor seja comunicado por escrito quando da inclusão de seu nome nos cadastros dos Serviços de Proteção ao Crédito, obrigação esta que cabe ao órgão arquivista de inadimplentes em questão, e não ao lojista credor.

A ausência do aviso prévio configurará abuso de direito, visto que impossibilita ao consumidor que pague o débito antes que seja realizado o registro negativo em seu nome. Ademais, os dados sobre os consumidores devem ser claros e verdadeiros, devendo ser corrigidos de imediato em caso de erro. Acerca do prazo, tanto o artigo 43 §1º do CDC quanto a súmula 323 do STJ impedem que a inscrição do inadimplente nos Serviços de Proteção ao Crédito exceda cinco anos, contados da data de vencimento do débito. Este fato, no entanto, não significa que o direito de reclamar o débito tenha prescrito.

Tais serviços ficam ainda impedidos de emitir quaisquer informações que possam impedir ou dificultar o acesso ao crédito após a prescrição relativa à cobrança de débito do consumidor.

Problemática da negatização

Ante o exposto, pode-se afirmar que é direito do comerciante a recusa ao crédito quando se deparar com a negatização do nome do consumidor. No entanto, resta saber se tal direito não levaria os consumidores a situações de desigualdade ou desrespeito, por conta de sua vulnerabilidade e hipossuficiência.

O problema aparece nos casos em que o consumidor tem seus documentos furtados e utilizados posteriormente por um estelionatário para efetuar compras em seu nome e assim torná-lo inadimplente de acordo com os bancos de dados. Em uma situação como essa, o consumidor será pego de surpresa e desconhecerá a origem daquele débito. Desta forma, surge a dúvida: seria o comerciante obrigado a informar ao consumidor acerca da origem de tal débito? Os serviços de proteção ao crédito possuem a obrigação legal de prestar tal informação, porém cobram um certo valor por tal serviço, que ainda poderá levar algum tempo.

Destarte, resta configurado prejuízo ao consumidor, que não tem a oportunidade de conhecer de imediato a origem do débito que lhe causou tal constrangimento.

No caso da cidade de Juiz de Fora (MG), a lei municipal n° 9378 de 18 de novembro de 1998 determinou:

Art. 1º - Ficam as empresas comerciais e industriais, bancos e outras instituições financeiras sediadas no município e que promovem vendas a crédito ou prestação de serviços, obrigadas a fornecer as razões das negativas ou do indeferimento de financiamento, por escrito, em documento hábil, emitido em papel timbrado.

Ocorre que tal dispositivo foi posteriormente alterado em 13 de outubro de 2000, passando a estabelecer um prazo improrrogável de 10 (dez) dias corridos para tal, contados da requisição feita pelo cliente.

Tal lei municipal representa um grande avanço para o consumidor, pois é uma demonstração clara do direito à informação concedido pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, inciso III., e seria razoável que o Congresso Nacional

elaborasse norma semelhante.

Outra situação possível ocorre quando os valores cobrados são abusivos ou maiores que os realmente devidos, ou ainda quando o comerciante não cumpre sua palavra, deixando de entregar o produto, ou ainda entregando produto diverso do pedido.

Nestas situações, o consumidor se mostra extremamente vulnerável e injustiçado perante a negativação de seu nome, vindo a sofrer assim danos materiais e morais. A única saída viável para o consumidor nestes casos seria acessar o Poder Judiciário, o que muitas das vezes se mostra demorado e dispendioso.

A negativação, por este ponto de vista, revela um forte desequilíbrio entre o comerciante e o consumidor, pois este último se vê coagido pela ameaça de ter seu nome incluído nos Serviços de Proteção ao Crédito caso não cumpra sua parte no contrato de compra e venda, qual seja, o pagamento, mesmo em condições abusivas, muitas vezes impostas pelos fornecedores de produtos e serviços.

Bibliografia

<http://www.notadez.com.br>

<http://www.acasadodireito.com.br>

<http://www.tjrs.gov.br>

SILVA, Martins da. *A negativação indevida nas agências de proteção ao crédito*, São Paulo: Américo Luis, 2002.

Conclusão

Isto posto, pode-se concluir que, apesar da negativação e a conseqüente recusa de crédito serem legais, devem ser respeitados os pressupostos aqui explanados. Ademais, por se tratar de uma liberalidade de cada comerciante, que poderá impor suas próprias exigências e regras para a concessão do crediário, sua recusa não ensejará qualquer reparação caso tenha como fundamento os critérios pré-definidos pelo comerciante.

No que tange ao direito do consumidor de saber a origem do débito responsável pela negativação de seu nome, razoável seria que a própria loja prestasse tal informação, possibilitando ao consumidor que resolvesse o problema de forma mais rápida e menos onerosa. Vale ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor deverá ser observado pelo comerciante no que diz respeito aos direitos do consumidor, e assim possibilitar que o crediário seja mais uma opção de pagamento viável àquele que compra, bem como uma forma de aumentar as vendas e aquecer o comércio.

3.2.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.2.4.1 SOUSA, José Augusto de (coord). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: Comemorando a Lei Federal 11.228, de 15 de janeiro de 2007.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, 324p.

O livro traz uma coletânea de textos comemorando a edição da Lei 11.228/07 que expressamente legitimou a Defensoria Pública ao ajuizamento da ação civil pública. São vários artigos de grandes especialistas do país inteiro. Segundo anotado pelo coordenador da obra:

A preocupação foi encontrar ângulos e visões os mais variados sobre a atuação da Defensoria na jurisdição coletiva.

Bem por isso, alguns trabalhos são assinados por defensores públicos; a maioria não. E há também artigos não focados diretamente na Lei 11.448/07 – eis que mais voltados para questões institucionais da Defensoria ou então para aspectos específicos das ações coletivas – mas tudo com interesse para o tema central da obra. Em virtude das colaborações recebidas, esta obra credencia-se a enriquecer não só a bibliografia relativa à Defensoria Pública mas também a biblioteca atinente ao processo coletivo brasileiro. (p. viii)

B) Artigos

3.2.4.2 FERREIRA, Ximena Cardozo. **A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente.** IN REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL. Revista dos Tribunais. Ano 12, jul-set. de 2007, nº 47, p. 152-174.

Nesse texto, elaborado pela Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, o tema relativo à implementação de políticas públicas é analisado sob o enfoque especial do direito ambiental, notadamente no que diz respeito à obrigatoriedade de atuação do Estado para a concreção da ordem socioambiental constitucional.

Para a autora,

Argumentos como a separação de poderes, falta de legitimidade democrática, discricionariedade administrativa ou previsão orçamentária não podem conduzir à negação de direitos assegurados pela Carta Constitucional, conforme

apontado no presente estudo, razão pela qual devem ser superados para possibilitar o controle da Administração Pública, sob pena de malferimento do sistema constitucional instituído (p. 172).

O artigo encontra-se muito bem fundamentado com base em doutrina e jurisprudência de pesos, o que torna o estudo ainda mais interessante e abrangente.

Logo, vale a pena destacar o caráter pragmático do texto, podendo subsidiar o trabalho de todos aqueles que militam na defesa do meio ambiente, especialmente membros do Ministério Público e associações diversas.

3.2.5 Jurisprudência da área

3.2.5.1 TJMG, 17ª Câmara Cível. *O Ministério Público pode ajuizar ação de reintegração de posse na defesa dos direitos dos idosos*

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESTATUTO DO IDOSO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de ação de reintegração de posse que visa a proteção da integridade física e

moral de idoso, a teor do disposto nos artigos 127 e 129 da CF/88 e do artigo 74 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03). (TJMG, 17ª Câmara Cível, APELAÇÃO CÍVEL nº 1.0079.07.361737-9/001, Rel. Des. Irmair Ferreira Campos, j. 19.06.2006, DJ 08.07.2006).

3.2.5.2 STJ, 1ª Turma. *Defesa do patrimônio histórico de interesse da União. Legitimidade do Ministério Público Federal. Ausência de atribuição do Ministério Público Estadual. Impossibilidade de formação de litisconsórcio*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. COMPETÊNCIA. REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LEGITIMIDADE. SÚMULA 05/STJ.

1. O Ministério Público Estadual não possui legitimidade para a propositura de ação civil pública objetivando a tutela de bem da União, porquanto atribuição inserida no âmbito de atribuição do Ministério Público Federal, submetida ao crivo da Justiça Federal, coadjuvada pela impossibilidade de atuação do Parquet Estadual quer como parte, litisconsorciando-se com o Parquet Federal, quer como custos legis. Precedentes desta Corte: REsp 440.002/SE, DJ 06.12.2004 e REsp 287.389/RJ, DJ 14.10.2002.

3. É que “(...)Na ação civil pública, a legitimação ativa é em regime de substituição processual. Versando sobre direitos transindividuais, com titulares indeterminados, não é possível, em regra, verificar a identidade dos substituídos. Há casos, todavia, em que a tutela de direitos difusos não pode ser promovida sem que, ao mesmo tempo, se promova a tutela de direitos subjetivos de pessoas determinadas e perfeitamente identificáveis. É o que ocorre nas ações civis públicas em defesa do patrimônio público ou da probidade administrativa, cuja sentença condenatória reverte em favor das pessoas titulares do patrimônio lesado. Tais pessoas certamente compõem o rol dos substituídos processuais. Havendo, entre elas, ente federal, fica definida a legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Mas outras hipóteses de atribuição

do Ministério Público Federal para o ajuizamento de ações civis públicas são configuradas quando, por força do princípio federativo, ficar evidenciado o envolvimento de interesses nitidamente federais, assim considerados em razão dos bens e valores a que se visa tutelar (...)” RESP 440.002/SE, DJ de 06.12.2004 .

3. In casu, a ação civil pública objetiva a tutela de bens e interesses eminentemente federais, como sói ser, a proteção de bem da União cedido ao Estado do Rio de Janeiro, cognominado Parque Lage.

4. A análise da denominada Representatividade Adequada (Adequacy of Representation) inerente às class actions equivale a aferir os objetivos estatutários, o que esbarraria na Súmula 05/STJ.

5. Deveras, cessão de bem da União situado em determinado bairro, não se encarta nos objetivos da Associação de Moradores e Amigos do Jardim Botânico, por isso que com acerto concluiu o aresto a quo: “O objetivo da respectiva Associação de manutenção e melhoria de qualidade de vida no bairro do Jardim Botânico, buscando sustentar sua ocupação e desenvolvimento em ritmo e grau compatíveis com suas características de zona residencial, não é suficiente para deduzir pretensão envolvendo possível dano de natureza ambiental, em patrimônio da União (Parque Lage), com agressão, outrossim, a patrimônio histórico e paisagístico(...)” fl. 555.

6. Recurso Especial interposto pela Associação de Moradores e Amigos do Jardim Botânico não conhecido e recurso apresentado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro desprovido. (STJ, 1ª Turma, REsp 876936 / RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.10.2008, DJe 13.11.2008).

3.2.5.3 TJMG, 9ª Câmara Cível. *Plano de saúde. Impossibilidade de limitação de cobertura a determinadas doenças. Nulidade absoluta*

EMENTA: PLANO DE SAÚDE - CLÁUSULAS RESTRITIVAS - NULIDADE - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - LEI 8.078/90 - APLICABILIDADE. A saúde, como bem intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela atual Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, não podendo por isso ser considerada, como simples mercadoria, nem confundida com outras atividades econômicas. O particular, que presta uma

atividade econômica relacionada com serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, prestar assistência médica integral aos consumidores dos seus serviços, entendimento esse que não se sustenta somente no texto constitucional ou no Código de Defesa do Consumidor, mas, principalmente, na lei de mercado, segundo a qual, quanto maior o lucro, maior também o risco. Ao negar cobertura a determinados tipos de doenças a empresa atenta contra os

direitos - absolutos - à saúde e à vida dos segurados e tal disposição será tida por ilícita exatamente porque descumprida está a função do contrato. (Revista de Direito do Consumidor, n.º

26, p. 254/246). (TJMG, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0693.05.041128-1/001, Rel. Des. Antônio de Pádua, j. 10.08.2007, DJ 01.09.2007).

3.2.5.4 TJMG, 7ª Câmara Cível. *Degradação do meio ambiente. Análise, pelo Judiciário, da carga de lesividade da conduta praticada. Ausência de configuração de dano ambiental apto a gerar responsabilidade civil*

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE - CORTE DE ÁRVORES DE PEQUENO E MÉDIO PORTE - DANO NÃO DEMONSTRADO . A caracterização do dano ambiental pressupõe a existência de alguns parâmetros na caracterização de sua ocorrência, como a anormalidade (alteração das propriedades físico-químicas da natureza); a periodicidade (uma certa permanência, não bastando uma eventual e inconseqüente atividade poluidora); e a gravidade, uma certa superação de limites de absorção de agressão pelo ambiente (Paulo A. Leme Machado - Direito Ambiental Brasileiro, 6ª ed., 1996, Malheiros, p. 253). Não é razoável, ou equânime, que todos estes fatos conceituais possam ser presumidos, principalmente a anormalidade e a gravidade do fato, que me parecem,

no caso, aviltadas. O corte de poucas árvores de pequeno e médio porte, por si só, não é fator apto a gerar a obrigação de indenizar. Exige-se a ocorrência do dano, representado por alguma forma de degradação ambiental. O Judiciário deve ponderar a esqualida carga de lesividade e a inexistência de uma certa evidência de dano ambiental, ou da obviedade dos seus efeitos negativos, o que impede a pretendida presunção de sua existência. Se a intervenção ocorrida, apontada como de degradação ao meio ambiente, foi considerada de pequena magnitude e de baixo impacto ambiental, e se já se encontra em bom estado de regeneração natural, não há o que indenizar.. (TJMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0693.05.041128-1/001, Rel. Des. Wander Marota, j. 08.04.2008, DJ 23.04.2008).

3.3 CIVIL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.3.1 Breves apontamentos acerca da constitucionalização do direito de família

Juliano Silva do Lago

Estudante, no 8º período de Direito e estagiário do TJMG

Faculdade: Imes (Instituto Machadense de Ensino Superior e Comunicação)

1 INTRODUÇÃO

Hoje se pode dizer que grande parte dos dispositivos de Direito Civil encontram-se previstos na Constituição, proporcionando-lhes assim, maior efetividade. É cediço que as intervenções estatais nas relações de Direito Civil ganharam corpo com a promulgação da Carta Magna vigente, sendo atualmente indispensável que o intérprete civilista, sempre analise a legislação privada a luz da Constituição da República.

Essa se trata de uma característica do chamado estado social, ou seja, quando o Estado intervém nas relações sociais/pessoais para que possa proteger o cidadão em seus direitos e garantias fundamentais, sendo essa postura essencial de um Estado que prima pela liberdade.¹ Logo, pode-se afirmar que a liberdade sem lei limitadora é porta aberta à repressão, e liberdade regulamentada trata-se de uma garantia de que o alvedrio vai ser exercido de fato. Nesta seara, serão tecidos breves, mas necessários comentários acerca da constitucionalização do direito de família.

2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA A LUZ DO DIREITO PÁTRIO

O Direito Civil constitucionalizou-se, inevitável concepção, até mesmo porque foram de fato afastados todos aqueles preceitos individualistas que vigoravam antes da CR/88, representados claramente na codificação civilista de 1916.²

Como o Direito de Família trata-se de uma ramificação do Direito Civil, com ele não seria diferente. Na realidade jurídica atual é patente que todo dispositivo que regulamenta relações familiares deve encontrar consonância com o que dispõe a Lei Maior, de modo que esta venha a lhe conceder validade.

Hoje o Direito de Família possui gigantesca abrangência, devido à realidade diversificada de famílias que se vivencia atualmente. Não mais se considera família somente aquela proveniente do casamento, esta razão por si só, já é sustentáculo para toda a abrangência que o Direito de Família exerce na atualidade.

A luz do direito pátrio de nosso tempo, a família à margem da sociedade tem amparo constitucional, até porque as relações entre pares e prole não mais se calcam em atos solenes e formais, mas sim em sentimentos abstratos e subjetivos como o afeto, que se prova mediante a simples vivência familiar. Hoje, não é

mister que se tenha um par de pessoas de sexo oposto para que se possa falar de família, mas sim de afeto, pois não mais se qualifica como finalidade da família aquela procriativa que se tinha antigamente.³

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, constitucionalizou-se definitivamente o Direito de Família. Obviamente, com isso, passou-se a trabalhar com princípios constitucionais fundamentais, de prevalência no Direito Público. Aliás, a diferenciação entre Direito Público e Direito Privado, hoje, perdeu relevância, sendo de importância meramente didática. Isto porque sempre há, e de fato deve haver, intervenção estatal nas relações de Direito Privado, de modo a garantir a efetivação de direitos e garantias fundamentais do homem.

O advogado, o Ministério Público e essencialmente o magistrado não estão absolutamente presos a normas, somente regulamentando situações concretas restritamente previstas. Se assim o fosse, poderiam ser substituídos por máquinas, que respondiam automaticamente. Os operadores do direito, essencialmente o Juiz, devem ficar atentos à realidade social envolvida por aquela situação jurídica, de forma a julgar conforme os ditames da justiça.

Deve o magistrado sempre comparar a norma com princípios normativos, de modo a evitar discrepâncias. O juiz deve ser justo e conhecedor do direito, assim atuando de maneira condizente com sua profissão. Dando soluções a todo caso concreto, independentemente de previsão normativa. Os princípios são importantes mecanismos para que se possa chegar a uma solução dotada de retidão, garantindo e efetivando direitos e garantias dos cidadãos, como por exemplo, o direito a uma família, mesmo que esse recurso extrapole os padrões exemplificativos previstos na legislação brasileira.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusão final é plenamente possível dizer que os princípios são elementos de suma importância à aplicação normativa, pois leis sem princípios são corpos sem alma, pessoa sem vida, fonte sem água. Não há que se pensar em direito sem princípios delimitadores, pois a efetivação das leis no caso concreto, para que seja de fato justa, deve encontrar consonância com os princípios gerais e específicos, constitucionais ou não. Essa é a função dos operadores do direito, essencialmente no de família,

¹ DIAS, 2008, p. 36.

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Das relações de parentesco**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 21

³ OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, José F. **Direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 19.

em que estão em jogo emoções, como paixão e ódio.

Em face das radicais mudanças incorporadas ao Direito de Família, os princípios constitucionais ganham ainda mais importância, pois o Código Civil de 2002, data de 1975 em seu

projeto, possuindo ainda dispositivos que não atendem a realidade da família nos dias atuais. Então, é mister aos juristas recorrer aos princípios constitucionais do Direito de Família para que se dê solução efetivamente coerente com os ideais de justiça nos casos concretos.

BIBLIOGRAFIA

- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 36.
 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Das relações de parentesco**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 21.
 OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, José F. **Direito de família**. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 19.

3.3.2 Princípio da paternidade responsável x Direito à intimidade da mãe¹

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*



Paula Miranda Lima

Quando os pais da criança são casados qualquer um pode registrar o filho em nome de ambos, basta que tenha consigo a certidão de casamento. Se o casal viver em união estável, só será possível diante a existência de alguma prova da veracidade da união estável, como por exemplo a sentença judicial.

Na ausência do casamento não é possível um dos pais, registrar o filho em nome do outro (LRP 59). Em face de tal impasse a Lei de Registros Públicos (8560/1992) criou um procedimento para induzir

o genitor omissa a proceder ao registro do nascimento do filho nascido da relação extramatrimonial. É um meio-termo entre reconhecimento voluntário e compulsório. Não se trata de ação, mas de procedimento de jurisdição voluntária, provocado pelo oficial de registro civil e desencadeado pelo juiz².

Na lição de Eduardo de Oliveira Leite:

“Pode ocorrer, entretanto, que a mãe não tenha interesse em promover o reconhecimento paterno. A realidade contemporânea apresenta centenas de casos de mães que procuram excluir o pai biológico da vida da criança, ou porque pretendem substituí-lo por um outro pai, ou para evitar ter de dividir uma autoridade que elas entendem não lhes ser devida.

Outras escondem, pura e simplesmente, o estado de gravidez ao pai da criança. Isto é muito comum quando a gravidez ocorre no momento da ruptura da vida em comum: a mãe prefere deixar a filiação paterna “vacante” vinculando a criança a outro homem, um próximo companheiro ou marido (situações, reconheça-se, inimaginadas pelo CC, mas frequentes nos escritórios de advocacia).

O alijamento do pai na filiação também pode ocorrer pela intenção da mãe de evitar a interferência do mesmo quer no

exercício do pátrio poder, quer no direito de visita ou mesmo na interferência, na guarda e educação do menor.”³

Esta omissão da genitora quanto à paternidade do filho é possível com fulcro no art. 5º X da CF/88, que diz que são invioláveis a intimidade e a vida privada, e no mesmo sentido é o art. 21 do CC, que alude sobre o direito à intimidade.

Art.21 do CC:

A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

No ato do registro, é a declarante indagada sobre a paternidade de seu filho, se ela quiser, indica o nome do suposto pai e todos os elementos necessários à sua localização. Se o genitor negar a paternidade ou mantiver-se inerte após 30 dias, o procedimento será encaminhado ao Ministério Público para propor ação de investigação de paternidade.

É dado ao MP legitimidade para agir (L 8456/92 II), no entanto o *parquet* vê-se de mãos atadas, frente o direito à intimidade da mãe.

Tal direito materno limita não somente a ação do Ministério Público, mas priva o menor de n direitos que a ele são advindos da paternidade.

O direito a identidade é um direito personalíssimo segundo Maria Berenice Dias. O direito de conhecer a origem genética é um direito fundamental, é um direito de personalidade. A criança não é mais uma simples cumpridora de ordens paternas e maternas, mas é sujeito de direitos e um deles é ter reconhecida sua paternidade.

Existe um dito popular, que muito se encaixa no tema apresentado, qual seja, o direito de ter a paternidade reconhecida, “O meu direito termina, onde começa o do outro”, ora, o direito à intimidade da mãe finda-se onde começa o direito de personalidade de seu filho. Negar a paternidade ao filho é claramente excluir-lhe direitos advindos da paternidade, é penalizar quem

¹ “Agradecimentos ao Dr. Rosângelo Rodrigues de Miranda pela orientação, apoio e incentivo que me tem dispensado no decorrer do curso, muito obrigada!”

² DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 4ª ed. p. 370

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito de Família aspectos constitucionais, civis e processuais*, coord. Teresa Arruda Alvim. p. 53

não tem culpa, é deixar impune quem tem deveres.

Cediço, que no mundo contemporâneo as dificuldades econômicas são imensas, no momento em que a mãe se nega a declarar a paternidade de seu filho, ela está implicitamente condenando a criança a passar por maiores dificuldades, pois não terá os alimentos do pai. Mas poderemos encontrar nos pensamentos contrários quem diga que a mãe tenha condições financeiras suficientes para arcar com a manutenção do filho, às vezes o discurso destas mães omissas é que o pai é dispensável na criação dos filhos, se consideram auto-suficientes e confundem ou associam educação com dinheiro. Tal afirmativa se torna irrelevante ao pensarmos que o pai poderia somar ainda mais na vida do infante.

Deve-se levar em conta o bem estar da criança e não o orgulho da mãe, o direito a alimentos por exemplo é indisponível e “não pode ser transferido a outrem, na medida em que visa preservar a vida e assegurar a existência do indivíduo que necessita de auxílio para sobreviver”⁴, não é dado à mãe o direito de abrir mão de um direito que não é seu, mas sim de seu filho.

Ademais, o art. 226 § 5º da Carta Magna é muito claro e inteligente ao declarar que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos conjuntamente pelo homem e pela mulher”, logo o poder familiar então é exercido conjuntamente.

Outrossim, o art. 229 da CF/88 diz que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Portanto todas as argumentações para a omissão da paternidade tornam-se ainda mais irrelevantes e infundadas se tomarmos como base a Constituição Federal Brasileira. Percebamos quão cristalino é o princípio da paternidade responsável, em todos os momentos a Constituição refere-se aos pais, e não exatamente a um deles, especificando ser o pai ou a mãe, deixando nítido o dever de ambos para com os filhos.

Se tomarmos como fundamento o ECA, o direito de ter a paternidade reconhecida se torna ainda mais gritante. Senão vejamos.

O Art. 19 da lei 8069 (ECA) estatui que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

O ato omissivo é atentatório à dignidade da pessoa humana, notadamente em desenvolvimento e sujeita de direitos civis, humanos, e sociais garantidos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente. A dignidade da pessoa humana abrange várias categorias de direito, dentre as quais, o direito ao nome, bem assim ao estado de filiação determinado.

São inumeráveis os problemas que podem surgir a partir da referida omissão. Geneticamente falando, todo ser humano precisa saber suas origens, saber de onde veio, para que possa até mesmo se precaver de determinadas doenças genéticas. Existem casos remotos, porém verídicos em que irmãos (ou parentes muito próximos) se relacionam amorosamente sem saber que são irmãos, e tudo isso acontece porque a eles não foi dado o direito

de saber suas origens, de conhecer sua árvore genealógica.

Sob o ótica da psicologia, muitos são os transtornos pela falta do nome do pai na certidão de nascimento, imaginem quanto sofrerá esta criança quando for à escola e todos os seus amiguinhos tiveram um pai, e ela nem sequer souber quem é o seu. A noção de família é essencial no desenvolvimento do infante, não é por menos que a CF/88 em seu art. 226 caput, diz que a Família é a base da sociedade, é no seio familiar que o menor busca respostas para suas indagações e forma sua personalidade, se este convívio restar frustrado não será nada difícil imaginar um jovem revoltado, com probabilidade de buscar estas respostas em caminhos tortuosos, é a família a raiz e base de uma criança e de uma sociedade saudável.

Ter ou não contato com o pai, é uma escolha da criança, amá-lo ou não é a conseqüência das atitudes deste pai, estamos tratando aqui do fato da omissão, o presente texto tenta abordar o fato de a mãe esconder de seu filho o nome de seu pai.

Omitir a paternidade de um filho é um ato de extremo egoísmo. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição (lei 8069/1990 art.27), mas não há razões plausíveis que justifiquem omitir a paternidade de um filho, privá-lo do convívio paterno e tudo o mais que advém da paternidade.

Mas então nos indagamos: tudo bem, é errado ou até mesmo inconstitucional a omissão da mãe, mas o que fazer? Prendê-la? Destituí-la do poder familiar?

Quando se fala em Direito de Família ou Direito das Famílias, deve-se levar em conta que não se trata de uma ciência exata, estamos nos dando com pessoas, com sentimentos, e quando se trata de crianças ainda torna-se mais minuciosa cada decisão, porque a criança é um ser em formação e qualquer decisão abrupta pode deixar cicatrizes jamais esquecidas na vida destas crianças.

Prender ou destituir a mãe do poder familiar seria algo muito impensado e dotado de pouca maturidade, ao pensarmos que ao destituir o poder familiar materno restaria o infante sem pai e sem mãe, além de que o Estado não obtém condições mínimas de educar ou criar essa criança, embora saibamos que este é um dever dele (art. 227CF/88).

Sobretudo deve-se levar em conta o bem estar da criança, a primeiro plano deveria ser feito um trabalho de conscientização com as mães com o escopo de demonstra-las que a criança tendo conhecimento do seu pai não vai amá-la mais ou menos, porque não é somente o sangue e a carne que tornam as pessoas pais e filhos, mas o amor e a cumplicidade que existe entre eles, e é preciso dar à criança esta oportunidade, de conviver com pai, de aprender com ele, e de aprender a ama-lo do jeito que ele é, com todos os defeitos inerentes ao ser humano.

A decisão mais correta a ser tomada seria notificar esta mãe e pedi-la que comparecesse a Promotoria para uma conversa com o representante do Ministério Público, e que este representante no gozo de seu poder persuasivo e argumentativo convencesse a esta mãe dos prejuízos que futuramente este filho terá caso não tenha o reconhecimento de sua paternidade.

⁴ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. p. 453

Mas se restar infrutífera esta tentativa, infelizmente e com muita tristeza não há nada para ser feito, uma vez que se MP ultrapassar estes limites acabaria atingindo o mais inocente da história, o menor, e agindo assim o *parquet* estaria indo contra suas funções institucionais que é zelar pelo bem estar da criança e do adolescente.

Às vezes, a genitora omite o nome do pai, para não vê-lo mais, mas tem que se levar em conta que o filho é um vínculo eterno, os filhos são eternos, a relação pode ter findado, o amor pode ter acabado ou até mesmo pode nunca ter existido, mas o

fato é que a criança existe e precisa de um pai.

Diante todo exposto notamos a difícil tarefa dada ao Ministério Público, frente o direito à intimidade da mãe e o não cumprimento do direito de personalidade da criança, que inofensiva não sabe gritar por seus direitos.

Percebe-se ainda, quão séria é a questão que se pretendeu abordar, resta a certeza que o assunto não chegou ao fim, tendo em vista sua complexidade e permanece o desejo de ver este tema sendo debatido, para que ao final possa ser tomada uma decisão coerente e que atenda aos direitos da criança e do adolescente.

3.3.3 Técnicas de especialização de procedimentos e tutelas jurisdicionais diferenciadas à luz da concepção instrumentalista do Direito Processual e das garantias constitucionais do acesso à justiça

Tema recorrente na doutrina processual contemporânea, as ondas renovatórias do acesso à justiça, compreendidas na terceira fase da evolução do Direito Processual, propõem uma revisitação deste ramo do conhecimento jurídico, orientando suas atenções ao reconhecimento do caráter instrumental do processo, sempre tendo como norte o compromisso com os resultados e a efetividade da prestação jurisdicional.

Decerto que, entre as diversas e atraentes reformas propostas pela doutrina instrumentalista do Direito Processual – muitas das quais já efetivamente implantadas no direito positivo pátrio –, encontra-se a inserção de *tutelas jurisdicionais diferenciadas* no sistema processual, buscando a aproximação do Direito Processual com o Direito material, isto é, sob o aspecto instrumentalista, agilidade e eficácia da prestação jurisdicional estatal. Assim sendo, os procedimentos especiais, previstos pela legislação processual como verdadeiras tutelas diferenciadas, devem ser concebidos e interpretados como manifestação de reformas evolucionárias no Direito Processual, destinadas a aprimorar a atuação do Estado na solução dos conflitos.

Importante perquirir, portanto, quais os critérios que norteiam a criação e a especialização de tais procedimentos, ou seja, quais as técnicas empregadas pelo direito positivo para criar procedimentos diferenciados¹. Ainda, qual a concepção hermenêutica adequada a se atribuir a tais procedimentos, o que se fará sob os auspícios da doutrina instrumentalista e dos direitos e garantias constitucionais do acesso à justiça.

Muitos foram os teóricos que se detiveram sobre o tema, sendo que a análise pertinente do processualista Humberto Theodoro Jr. conduziu a quatro critérios de especialização por ele enunciados²:

- i) Simplificação e agilização dos trâmites processuais
- ii) Delimitação temática

iii) Explicitação dos requisitos para que o procedimento especial seja eficazmente utilizado

iv) Anulação da dicotomia cognição-execução

Antonio Carlos Marcato, outro profundo estudioso do assunto, aponta, entre outras peculiaridades dos procedimentos especiais³:

i) Alteração de prazos

ii) Alteração de regras relativas à legitimidade e à iniciativa das partes

iii) Caráter dúplice de algumas ações do procedimento especial (podendo o réu formular pedido na contestação), ocorrendo posições recíprocas de demandante e demandado entre autor e réu.

iv) Fixações de regras especiais de competência

v) Derrogação do princípio da inalterabilidade do pedido (ante a fungibilidade de alguns pedidos, viabilizando o julgamento *extra petita*, como, e.g., nas “ações possessórias”).

Realmente, não restam dúvidas de que tais características são verificáveis na técnica da especialização dos procedimentos. Não obstante, mostra-se possível e de inegável valor científico uma redução nuclear a um só critério que justifique a especialização dos procedimentos bem como oriente seus contornos.

Sob este enfoque, com muita propriedade ressaltou Humberto Theodoro Jr. acerca da *delimitação temática* dos procedimentos especiais. Com efeito, mera leitura superficial do texto legal já denuncia a diversidade de temas abordados no Livro IV do CPC, seja no âmbito da jurisdição contenciosa, seja no âmbito da jurisdição voluntária. Assim é que particularidades verificáveis em questões como consignação em pagamento, demarcação de terras e partilha de bens, à guisa de exemplo, demandam a especialização de procedimentos judiciais correspondentes, o que se evidencia mais propriamente nas ações constitucionais, como o

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 12. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. III, pag. 303.

² *Id.* pag. 304.

³ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, PP. 38-42.

“mandado de segurança” e a “ação civil pública”.

A relação que se pretende explicitar, portanto, é a seguinte: a peculiaridade da relação de direito material demanda e justifica a especialização de um procedimento judicial correspondente e adequado. É onde reside a razão ontológica dos procedimentos especiais: no binômio “peculiaridade material e adequação procedimental”.

Próxima é a concepção do processualista Gregório Assagra de Almeida, para quem a criação das tutelas jurisdicionais diferenciadas, que compreendem não somente os procedimentos especiais, mas todo e qualquer meio jurisdicional diferenciado posto a disposição da população, atende aos seguintes critérios⁴:

- i) Requisitos específicos de admissibilidade processual (e.g.: ação monitória e tutela antecipada)
- ii) Excepcionalidade do procedimento (e.g.: mandado de segurança e juizados especiais)
- iii) Carga de eficácia diferenciada do provimento jurisdicional (v.g.: obrigações de fazer e não fazer, que possuem carga de eficácia em grau máximo).

Mais uma vez se afigura nítido o binômio “peculiaridade material e adequação procedimental” como fundamento das tutelas jurisdicionais diferenciadas, que reforça a aproximação do Direito Processual do Direito Material. Este critério deve ser a baliza para a especialização e adequação de procedimentos jurisdicionais.

Assim, sempre que se verificar pragmaticamente a dificuldade de dedução de alguma pretensão em juízo, a inadequabilidade dos mecanismos processuais à tutela de algum interesse que se apresente de maior complexidade ou qualquer outro empecilho procedimental ao amplo acesso à justiça, mostrar-se-á necessária a adequação do procedimento às peculiaridades da situação material.

Tomando tais premissas sob o enfoque instrumentalista, aliado aos novos postulados do *neoconstitucionalismo*⁵ e do *neoprocessualismo*⁶, vemos que a implementação de *tutelas jurisdicionais diferenciadas* no sistema processual bem como a incrementação das já existentes atende, em grande parte, à formação de uma ordem jurídica mais justa, célere e eficaz, adequada às complexas relações sociais. Por óbvio, configuram verdadeira aproximação do processo com as relações de Direito material e principalmente da Constituição e suas garantias de acesso à justiça.

Valiosas as considerações de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart acerca da tutela jurisdicional adequada:

“O processo deve estar atento ao plano do direito material, se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas. O direito à pré-ordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos passa a ser visto como algo absolutamente correlato à garantia de acesso à justiça. Sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das diversas situações de direito substancial, não se

pode conceber um processo efetivo.

O direito de acesso à justiça, portanto, garante a tutela jurisdicional capaz de fazer valer de modo integral o direito material. Lembre-se, aliás, que a Corte Constitucional italiana já afirmou que ‘o direito à tutela jurisdicional está entre os princípios supremos do ordenamento constitucional, no qual é intimamente conexo com o próprio princípio democrático assegurar a todos e sempre, para qualquer controvérsia, um juiz e um juízo em sentido verdadeiro’⁷.

Com efeito, a evolução da tutela jurisdicional deve acompanhar a evolução das complexas relações sociais a fim de proporcionar o maior grau de acessibilidade ao judiciário bem como ampliar a efetividade de seus provimentos, atingindo um nível superior de satisfação não só em relação às partes, mas também em relação a toda sociedade.

Não é forçoso concluir, destarte, que a adequação da tutela jurisdicional às relações de Direito material é uma imposição do próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, que somente poderá se aperfeiçoar, em seus diversos níveis de realização, se for capaz de atender à grande demanda por Justiça Social.

Conclusões

1. A inserção de *tutelas jurisdicionais diferenciadas* no sistema processual é manifestação de reformas evolucionárias no Direito Processual, destinadas a aprimorar a atuação do Estado na solução dos conflitos e a busca pela aproximação do Direito Processual com o Direito material, isto é, sob o aspecto instrumentalista, agilidade e eficácia da prestação jurisdicional estatal.

2. Não obstante os variados critérios apontados pela doutrina para a criação de procedimentos especiais, mostra-se possível e de inegável valor científico uma redução nuclear a um só critério que justifique a especialização dos procedimentos bem como oriente seus contornos, qual seja, o binômio “peculiaridade material e adequação procedimental”.

3. A implementação de *tutelas jurisdicionais diferenciadas* no sistema processual bem como a incrementação das já existentes atende, em grande parte, à formação de uma ordem jurídica mais justa, célere e eficaz, adequada às complexas relações sociais.

4. Conforme ressaltado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart o direito à pré-ordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos é algo absolutamente correlato às garantias constitucionais de acesso à justiça. Sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das diversas situações de direito substancial, não se pode conceber um processo efetivo.

5. A adequação da tutela jurisdicional às relações de Direito material é uma imposição do próprio paradigma do Estado Democrático de Direito e fator necessário a seu constante aperfeiçoamento, em seus diversos níveis de realização.

⁴ A análise foi objeto de aula inaugural ministrada pelo professor Gregório Assagra de Almeida na Universidade de Itaúna no segundo semestre de 2007.

⁵ Sobre *neoconstitucionalismo* conferir ROCHA, Leonel Severo In. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*.

⁶ Sobre *neoprocessualismo* conferir doutrina de Elio Fazzalari

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme/ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pag. 33/34.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. III.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Fabris, 1988.
- MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme/ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

3.3.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras Doutrinárias

3.3.4.1 MILMAN, Fabio. **Improbidade Processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil.** Forense: Rio de Janeiro, 2007, 332p.

O autor é mestre em Direito pela PUC-RS, especialista em Direito Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Professor da Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul e da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, além de advogado militante.

O livro trata da chamada litigância ímproba, abordando aspectos quase à exaustão, dada a extensão e profundidades teóricas notáveis com as quais o autor escreveu sobre a improbidade processual. Conforme suas próprias palavras:

Com efeito: o tratamento histórico do processo revela que desde sempre o instrumento para buscar, junto ao poder público, a resolução das lides, serve também de veículo para o exercício da malícia, da fraude, da chicana. Sabe-se desconfortável ter de buscar o socorro jurisdicional. Há queixa generalizada e justificada quanto aos custos de um processo; há a desconfiança quanto à atuação dos advogados, profissionais a cada semestre despejados aos magotes no mercado

de trabalho sem eficiente preparação ética e técnica para desempenho de tão honrosa e essencial tarefa; há o receio de não ser encontrado o justo no caso concreto, diante de um Poder Judiciário vilipendiado, buscado tutelar e amordaçar pelos demais poderes; há desconfiança de que o adversário, pouco interessado na solução do litígio, conseguirá manter vivo o processo por vários e vários anos. Quem já foi parte de uma demanda judicial sabe o preço que paga por tanta incerteza. (p. 1)

Firme nesse espírito, Fábio Milman traça um panorama sobre o tema para, em seguida, analisar especificamente – e com muita propriedade – as mais variadas e curiosas formas de litigância ímproba dentro da ambiência processual. O estudo parte desde a evolução histórica e elementos no direito estrangeiro até as hipóteses legais, procedimento de sanção, reparação e prevenção dos atos ilícitos causados a partir da improbidade processual praticada nos vários tipos de processo e também nas várias fases dentro de um mesmo procedimento (pré ou pós-processual).

B) Artigos

3.3.4.2 GOMES, Daniela Vaconcellos. **A evolução do sistema do direito civil: do individualismo à sociedade.** REVISTA DE DIREITO PRIVADO. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, jul./set. de 2006, pp. 32-63.

A autora é Advogada, Especialista em Direito Civil Contemporâneo e Mestranda, na linha do Direito Ambiental, pela Universidade de Caxias do Sul.

O artigo aborda o papel do Direito Civil ao longo das transformações da sociedade, a partir de uma visão civil-constitucional. Segundo Daniela V. Gomes, antigamente, na modernidade, todo o sistema de proteção estava concentrado apenas no Código Civil; atualmente, todavia, “percebe-se a tentativa de reunificar o sistema, através da perspectiva civil-constitucional, com a interpretação de todo o direito civil, codificado ou extracodificado, à luz da Constituição Federal” (p. 32).

Assim, o estudo cinge-se a análise do Direito Civil e sua evolução, desde as primeiras grandes codificações e suas siste-

matizações em busca da unidade normativa, até o atual processo de descodificação, com o surgimento de inúmeros estatutos que passaram a regular, em verdadeiros microssistemas, “colocando a Constituição como eixo central, de maneira a nortear todo o ordenamento, estabelecendo regras e princípios em conformidades com os valores sociais já consagrados pela texto constitucional” (p. 60).

Por fim, lembra a autora:

Mas a transformação do direito civil contemporâneo não está restrita à perspectiva civil-constitucional, pois a ela somam-se os conceitos legais indeterminados, as cláusulas gerais, a interpretação dos direitos público e privado, entre outras novas formas de encarar o direito, de modo a abrir o sistema e se adaptar a sociedade atual (p. 60).

3.3.5 Jurisprudência da área

3.3.5.1 STJ, 1ª Turma. Ministério Público. Verbas de sucumbência

EMENTA: AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO POR AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM FACE DE SUPOSTO DANO AMBIENTAL. EMBARGOS DO DEVEDOR ACOLHIDOS. VERBA SUCUMBENCIAL. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 18 DA LEI Nº 7.347/1985.

I - Cuida-se de ação de execução por quantia certa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, fundada em Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelas partes, que se obrigaram, cada uma, a determinada conduta em decorrência de dano ambiental. Interpostos embargos do devedor pela parte contrária, restando vencido o Parquet que, condenado ao ônus sucumbencial, pretende dele livrar-se com base no artigo 18, da Lei nº 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública.

II - Tratando-se da hipótese de ação de execução não se aplica o comando do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, que exonera o

autor da ação civil pública do ônus da sucumbência. Precedentes: AgRg no REsp nº 265.272/RS, Rel. Min. GILSON DIP, DJ de 27/8/2001, REsp nº 358.902/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 15.05.2006 e REsp nº 358.368/RS, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 13.10.2003.

III - A questão trazida pelo agravante acerca de eventual confusão veio inovar a quaestio iuris, sendo inviável sua análise neste momento processual, seja por força da preclusão ou da necessária observância do princípio do contraditório. Precedentes: Edcl no Ag nº 723.027/MG, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 15/05/2006; AgRg no REsp nº 805.001/RN, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 08/05/2006.

IV - Agravo improvido. (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1011073 / RS, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.05.2008, Dje 29.05.2008).

3.3.5.2 STJ, 1ª Turma. Interposição de recurso especial sem procuração. Pedido de juntada posterior. Possibilidade

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO RECURSAL. INSTÂNCIA ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO. PROTESTO DE JUNTADA POSTERIOR DO MANDATO. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE INTERESSE. 1. A teor da Súmula 115/STJ, é inexistente o recurso interposto, na instância especial, ante a ausência de instrumento procuratório. Todavia, tal restrição não se aplica na hipótese de haver pedido expresso de posterior

juntada do mandato pelo advogado subscritor da petição. Precedente da 1ª Seção: EDERESP 516.660/PE, Min. Castro Meira, DJ de 21.11.2005.2. Ausência de interesse recursal no tocante ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito, vez que já deferido nas instâncias inferiores. 3. Agravo regimental provido para, tornando sem efeito a decisão agravada, acolher os embargos de declaração e sanar a omissão apontada, sem, contudo, alterar o resultado do julgamento do recurso especial. (STJ, 1ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 643550 / CE, Rel. Min. Teoria Albino Zavascki, j. 27.03.2007, DJ 12.04.2007, p. 212).

3.3.5.3 STJ, 4ª Turma. União estável entre pessoas do mesmo sexo

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de

fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcan-

çar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 4ª Turma,

REsp 820475 / RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. para o acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.09.2008, Dje 06.10.2008).

3.3.5.4 TJMG, 5ª Câmara Cível. *A renúncia de um dos alimentandos faz com que a integralidade dos alimentos seja transferida ao outro, não havendo que se falar em redução no valor da verba*

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - PRISÃO CIVIL - PAGAMENTO DAS 03 (TRÊS) PRESTAÇÕES ANTERIORES À CITAÇÃO E AS QUE VENCEREM NO CURSO DO PROCESSO - INOCORRÊNCIA - MAIORIDADE DE UM DOS ALIMENTANDOS - RENÚNCIA AO RECEBIMENTO DA VERBA - REDUÇÃO DA PENSÃO - INOCORRÊNCIA - DIRECIONAMENTO DO VALOR INTEGRAL AO OUTRO ALIMENTANDO - MANUTENÇÃO DO DECRETO PRISIONAL - IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 309 DO COLENDO STJ. Para afastar a prisão civil, deve o devedor da obrigação alimentícia adimplir as 03 (três) últimas parcelas vencidas antes da citação na Ação Executiva, bem como as vincendas no seu curso. Se um dos alimentandos renunciou à pensão, diante da sua maioridade, a integralidade da verba deverá ser direcionada ao outro, ao menos que o Alimentante obtenha, através do meio adequado, a redução do seu montante, o que ocorreu nestes autos.

(...)

“In casu”, o Irresignante afirma que foi exonerado do pagamento de metade da pensão que lhe fora inicialmente atribuída, no valor correspondente a 01 (um) salário mínimo, em razão de um de seus filhos ter alcançado a maioridade e renunciado, expressamente, ao recebimento da verba alimentar.

De fato, às fls. 50-TJ foi transladada decisão proferida em Ação de Exoneração de Alimentos que tramitou perante a Comarca de Mateus Leme, havendo a homologação da renúncia feita por um dos filhos do Alimentante do recebimento da pen-

são, em função de já ser maior de idade e ter condições de se auto-sustentar.

No entanto, tal situação não tem o condão de reduzir pela metade a pensão devida pelo Recorrente, consoante, inclusive, já restou decidido nos autos originários, conforme mencionado às fls. 91/92-TJ, oportunidade na qual o digno Magistrado de origem determinou que:

“Primeiramente, os argumentos expendidos pelo executado de que ele deve, a título de pensão alimentícia, somente 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, tendo em vista a sentença que homologou a renúncia do exequente M. F., não deve prosperar. Conforme o contido no acordo de fls. 05/06, devidamente homologado, a verba alimentar foi acordada em 01 (um) salário mínimo por mês, para ambos os filhos, sem, contudo, estipular qual o valor pertencente a cada um deles. Entende-se, então, que embora o executado M. realmente tenha sido exonerado, não significa que o valor da pensão foi reduzido. Esta se mantém em 01 (um) salário mínimo, porque não ficou especificado, quando da celebração do acordo, que cada filho receberia 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo por mês” (“litteris”, fls. 92-TJ).

Induvidosamente, se um dos Alimentandos renunciou à pensão, a integralidade da verba deverá ser direcionada ao outro, no caso, o Agravado, ao menos que o Alimentante obtenha, através do meio adequado, a redução do seu montante. **(TJMG, 5ª Câmara Cível, Agravo nº 1.0338.04.027152-4/001, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. 03.07.2008, DJ 22.07.2008).**

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 O perfil criminológico: auxiliando a compreensão do fenômeno criminal

Lélio Braga Calhau

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha).
Mestre em Direito do Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (RJ).
2º Diretor-Secretário do ICP – Instituto de Ciências Penais do Estado de Minas Gerais.
Professor de Direito Penal da Universidade Vale do Rio Doce.
Autor do livro *Resumo de Criminologia*, 3ª edição, Impetus, 2008.*



Lélio Braga Calhau

A falta de investimentos adequados nas polícias estaduais tem acarretado, em grande número de casos, um fenômeno de *estagnação na qualidade da prova* a ser produzida na fase pré-processual, e que posteriormente, será submetida ao crivo do contraditório¹. Tal situação (em especial, nos casos de crimes dolosos contra a vida), tem demonstrado que a prova testemunhal ainda é a regra geral nos processos da espécie, mesmo sendo de conhecimento de todos, que os crimes de homicídios e os crimes sexuais são delitos, que por

sua natureza, são praticados, em muitos casos, sem a presença de testemunhas.

Acontece, em decorrência desse procedimento que, a prova do inquérito policial ou é coletada sem a investigação da tese apresentada pelo suspeito (ex: negativa de autoria) ou a linha de defesa adotada pelo acusado é objeto de uma frágil averiguação preliminar, e, em muitos casos, é esgotada apenas com um mero registro no relatório da Autoridade Policial apontando que a mesma “não ficou devidamente comprovada”.

Agravando esses problemas, os governos estaduais ainda resistem em investir de forma adequada nos setores de perícia forense, mantendo equipes de peritos (médicos e outros) trabalhando regionalmente e acumulando atribuições em áreas excessivamente extensas, o que dificulta o trabalho que deve ser realizado por esses profissionais.

Para contribuir com a qualidade da prova criminal e facilitar a descoberta de outras linhas de investigação policial, bem como vincular diferentes casos criminais, em alguns países, como nos Estados Unidos da América, vem sendo desenvolvida a análise do perfil criminológico de suspeitos de crimes.

Para Vicente Garrido Genovés², Professor de Criminologia da Universidade de Valencia (Espanha), os profissionais que são encarregados de praticar o perfil criminal são incluídos historicamente num espectro numeroso de investigadores, cientistas do comportamento, das ciências sociais e técnicos forenses. Suas contribuições têm sido dirigidas para reduzir o número possível de suspeitos, ajudarem a vincular diferentes casos criminais e a desenvolver novas linhas de investigação em casos que estão “emperrados”.

A importância de se registrar o perfil dos criminosos assume também grande importância para o juiz de direito na fixação da pena base. Segundo o Código Penal, artigo 59, o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Não havendo esses dados no inquérito ou no processo a sentença condenatória poderá não espelhar a realidade do fato. Atualmente, são raras as situações em que a personalidade do agente pode ser analisada com as informações dos autos.

Nesse contexto, a adoção de levantamentos de perfis criminológicos em homicídios, durante a investigação policial, pode contribuir para a redução do possível número de suspeitos (identificação da autoria do crime) e trazer melhores elementos sobre a personalidade do réu, bem como, facilitar a melhor compreensão de um determinado crime que está sendo apurado.

¹ A formação de equipes de ação conjunta de policiais civis e militares para a repressão aos crimes de homicídio fica limitada pela situação da própria inconstância desse tipo de prova. É comum, nesses casos, os acusados confessarem o crime na fase policial e se retratarem de forma simples em juízo, retirando, por si, o valor dessas confissões.

² GENOVÉS, Vicent Garrido. *El perfil criminológico como técnica forense*. *Escuela de Estudios Judiciales de Valencia*. Palestra proferida em 17.05.07.

3.4.2 Confisco de bens no tráfico de drogas quando objeto dos contratos de alienação fiduciária

Leonardo Távora Castelo Branco

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

Mestrando em Direito

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito e Natureza Jurídica do Contrato de Alienação Fiduciária. 3. Questão de Ordem Fática e Jurídica que se Apresenta. 4. Posicionamentos dos Tribunais Pátrios. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal dispõe que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins serão confiscados e revertido em benefício de instituições e pessoal especializados na prevenção e repressão do retro citado crime.

No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional, mais especificamente a novel Lei 11.134, de 23 de agosto de 2006, determina que o produto, bem ou valor de origem ilícita, oriundo do tráfico de drogas ou utilizado para tal fim, seja confiscado em favor da União, por intermédio da Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD).

Contudo, levando-se em consideração o conceito e a natureza jurídica dos contratos de alienação fiduciária, em se tratando o bem a ser confiscado seu objeto, ou como preferem alguns sua causa, tormentosa tem sido a questão da viabilidade do confisco.

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Tratando-se a alienação fiduciária em garantia de um negócio jurídico em que o fiduciante, proprietário de um bem, aliena-o em confiança ao fiduciário, o qual se obriga a devolver-lhe a propriedade do mesmo bem nas hipóteses previamente estabelecidas no contrato, tem o credor (fiduciário) apenas o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa alienada, ficando o devedor (fiduciante) como depositário e possuidor direto desta.

Por conseguinte, é, na verdade, a alienação fiduciária um contrato instrumental de – um mútuo, em que o mutuário – fiduciante (devedor), para a garantia do cumprimento de suas obrigações, aliena ao mutuante – fiduciário (credor) a propriedade de um bem móvel ou imóvel. Com o pagamento da dívida, ou seja, com a devolução do dinheiro emprestado, resolve-se o domínio em favor do fiduciante, que, somente passa então a titularizar a plena propriedade do bem dado em garantia.

Portanto, a propriedade e a posse indireta do bem permanecem com o fiduciário (credor) e a posse direta e o direito de uso da coisa com o fiduciante (devedor).

3. QUESTÃO DE ORDEM FÁTICA E JURÍDICA QUE SE APRESENTA

Assim, durante todo o período de vigência do contrato, o bem estará, a princípio, resguardado de eventual confisco, haja vista que mesmo apreendido em situação de flagrância delitiva, com utilização reiterada no transporte de substâncias entorpecen-

tes, não poderá ser o bem confiscado. Nesse diapasão, ao final da instrução criminal, em decorrência do conceito e da natureza jurídica dos contratos de alienação fiduciária, visto alhures, será o mesmo restituído ao fiduciário (credor).

Destarte, não havendo descumprimento de quaisquer das cláusulas previamente pactuadas entre as partes, o bem será novamente entregue pelo fiduciário ao membro da organização criminosa, que figura no contrato como parte fiduciante (devedor) e, posteriormente, empregado, mais uma vez, no tráfico de drogas.

Por via de consequência, a priori, escudados no ordenamento jurídico vigente, traficantes de droga, através de um negócio jurídico de natureza bancária lícito, fomentado pelo Estado, estariam adquirindo, após utilizá-los a serviço do tráfico, valiosos bens de origem ilícita.

Insta observar que, inobstante perpetrados em evidente fraude a lei, ou seja, com o nítido propósito de chegar ao mesmo resultado por caminho diverso do que designadamente a lei previu e proibiu, traficantes de droga, devidamente orientados e cientes da *quaestio sub examinen* e seus desdobramentos, vem, reiteradamente, celebrando contratos de alienação fiduciária em garantia e utilizando-os, como regra, quase que absoluta, para, em juízo, inviabilizar o confisco do bem apreendido.

4. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Têm os Tribunais relutado em confiscar os bens objeto do contrato de alienação fiduciária, ainda, quando, reiteradamente, utilizados para perpetrar o tráfico de drogas ou provenientes de tal atividade ilícita, sob o pálio de que pertencem ao fiduciário (credor), terceiro de boa fê, sendo o fiduciante (devedor), narcotraficante, tão somente, possuidor direto da coisa, com direito, apenas, ao seu uso.

Nesse sentido é a jurisprudência:

STJ – EMENTA: RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INTEGRAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.714/98. CONFISCO DE BENS. MOTOCICLETA. NECESSIDADE DA UTILIZAÇÃO DO BEM PARA O FIM ESPECÍFICO DE PRATICAR O CRIME. 1. A Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos, exclui a incidência da Lei nº 9.714/98, modificativa da parte geral do Código Penal, por força do art. 12 do próprio diploma penal material brasileiro (“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”). 2. O art. 34 da Lei nº 6.368/76, com redação dada pela Lei nº 9.804/99,

é claro ao determinar, como requisito para o confisco do bem, que o mesmo seja destinado a prática do crime, sendo insuficiente, para o recolhimento, sua utilização eventual na prática do ato criminoso. 3. Recurso conhecido e provido parcialmente (Resp 407461/MG – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – Pub. DJ 17.2.2003, p.389).

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PERDA DE BENS E OBJETOS DO CRIME. ART. 91, II DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. EFEITOS DA CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Extinta a condenação, pelo reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, impossível a manutenção de seus efeitos, incluindo a perda de bens. 2. Recurso desprovido (Resp 679253/DF – Relatora Min. Laurita Vaz – Pub. DJ 20.6.2005, P. 361)

TJRS – EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEPOIMENTO POLICIAL. REGIME CARCERÁRIO. CONFISCO DE BENS. Quem incide em qualquer das condutas definidas nos núcleos do art. 12 da Lei nº 6.368/76 é considerado como traficante. Conjunto probatório a demonstrar a prática ilícita da mercancia pelos réus. O depoimento na fase policial tem validade quando em harmonia com as demais provas dos autos. A mesma validade é creditada ao testemunho dos policiais, não havendo razão para desprezá-los, até prova em contrário. Pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime integralmente fechado por se tratar de crime equiparado a hediondo (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90). **Não está sujeito a confisco bem objeto de alienação fiduciária utilizado na prática do delito de tráfico por pertencer à terceiro de boa-fé, consoante aplicação do art. 91, II, do CP.** Recurso defensivo improvido. Recurso ministerial parcialmente provido (Apelação Crime Nº 70009109596, Primeira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martínez Lucas, Julgado em 1/9/2004).

TJES – EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76 E ART. 10, *CAPUT*, DA LEI Nº 9.437/97. 1. DO RECURSO INTERPOSTO POR LUZIO FARIAS. 1.1 PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. PREQUESTIONAMENTO DE VIOLAÇÃO AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1.2 ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. 1.3 DEVOLUÇÃO DOS BENS CONFISCADOS. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 234 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1.4 PREQUESTIONAMENTO DA VIOLAÇÃO AOS INCISOS XXXIX E XLVI, DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 2 DO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2.1 MAJORAMENTO DA PENA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE. 2.2 CONFISCO DO IMÓVEL ONDE FOI APREENHIDA A SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 234 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 2.3 RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UNANIMIDADE (048.03.006534-5 – Rel. Dês. Alemer Ferraz Moulin – Pub. DJES de 15/2/2005).

Contudo, posicionamento pioneiro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, determinou o confisco, na íntegra, do bem objeto do contrato de alienação fiduciária, utilizado, reiteradamente, para perpetrar o tráfico de drogas. Sustenta, em síntese,

que se a garantia oferecida não puder ser apropriada pelo credor (fiduciário), dispõe ele de outros meios judiciais para execução da dívida, não podendo, porém, se estabelecer como prioridade a vontade do particular, sobre o que determina a lei penal, cujos riscos dela decorrentes, previstos no artigo 66 da Lei 4.728/65, não foram afastados pelo direito positivo.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL - PERDIMENTO DE VEÍCULO UTILIZADO EM TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO BEM - LIMINAR INDEFERIDA - NEGATIVA FUNDAMENTADA EM RECURSO DE APELAÇÃO - “MANDAMUS” PREJUDICADO. (TJMG, 1ª Câmara Criminal, Mandado de segurança 1.0000.05.417350-5/000, COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S): BANCO FINASA S/A - AUT COATORA(S): JD 3ª V. TÓXICOS COMARCA BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDELBERTO SANTIAGO, julgamento 17 de maio de 2005)

Por derradeiro, forçoso consignar que, adotando posição intermediária, em decisão igualmente pioneira, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, concedeu parcialmente a ordem no Mandado de Segurança Nº 1.0000.07.457788-3/000 (Proc. 0024.06.150501-25, determinando a entrega do bem confiscado ao fiduciário, com a ressalva de que deveria ser o mesmo alienado, para quitação do crédito, ficando o valor que sobejar confiscado em favor da União.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO E CONFISCO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE NA POSSE DO DEVEDOR FIDUCIANTE. RESTITUIÇÃO AO CREDOR FIDUCIÁRIO. ORDEM CONCEDIDA. – O devedor fiduciante, nos termos do Decreto-lei n. 911/69, é mero possuidor do bem financiado através de contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária, no qual se outorga a propriedade ao credor fiduciário. – O credor fiduciário enquanto não houver o pagamento de todas as parcelas do financiamento, tem o direito de propriedade do bem assegurado. – O confisco do bem, em razão de prática do crime, não se aperfeiçoa enquanto não houver a liquidação do financiamento e, se tal não se der, ao credor fiduciário se restitui o bem para que o aliene a fim de quitar o seu crédito, ficando o que sobejar confiscado a favor da União, nos termos da Lei 11.343/2006.

V.V.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL – PERDIMENTO DE VEÍCULO UTILIZADO EM TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO BEM – MATÉRIA EM DISCUSSÃO EM RECURSO DE APELAÇÃO – INVIABILIDADE DA PRETENSÃO NESTE “MANDAMUS”. – Se a matéria de fato sobre a qual incide a controvérsia acha-se “sub judice”, ou seja, em apelação criminal em trâmite, o impetrante terá oportunidade de comprovar suas alegações, o que não é possível na via estreita do mandado de segurança, que não admite dilação probatória. (TJMG, 2ª Câmara Criminal, Mandado de segurança nº 1.0000.07.457788-3/000 – COMARCA DE BELO HORIZONTE – IMPETRANTE(S): BANCO BRADESCO S.ª - AUTORID COATORA: JD 3 V TOXICOS COMARCA BELO HORIZONTE – RELATOR: EXMO. SR. DES. HYPARCO IMMESI – RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO, julgamento 09 de agosto de 2007).

5. CONCLUSÃO

O confisco de bem objeto de contrato de alienação fiduciária, utilizado para perpetrar o tráfico de drogas ou auferido com o proveito de tal atividade ilícita, torna-se, com algumas restrições, obrigatório.

Inviabilizar, na sua totalidade, o confisco significa concomitantemente, ferir de morte o ordenamento jurídico e o interesse público, fomentar o poderio econômico de organizações criminosas e, por via de consequência, resguardar toda a cadeia de graves ilícitos oriundos do tráfico de droga.

A celebração de contratos de alienação fiduciária por traficantes de droga, devidamente orientados para assim proceder, tem tornado-se corriqueira. Estão cientes das dificuldades e da aparente brecha jurídica que, a princípio, impossibilita o confisco. A não interpretação sistemática das normas jurídicas, na sua essência, tem permitido, equivocadamente, que bens e valores, durante toda a vigência do contrato, fiquem seguros de eventual confisco, e integrem, quando aquele é levado a termo, a esfera de domínio dos que se dedicam a retro citada atividade criminosa.

Todavia, não podemos esquecer que nos contratos firmados em fraude a lei, em que se viola uma proibição legal, não aberta e declaradamente, mas contornando-a e circunvindo-a, o direito pátrio adotou a teoria a concepção da conceituação das teorias objetiva e subjetiva.

Significa dizer, portanto, que se a parte ou terceira pessoa utiliza o contrato para, burlar a lei, e alcançar, por via oblíqua, fim que não pode ser conseguido por seu intermédio, ou para obter fim ilícito, esse negócio jurídico é inválido, ou seja, já nasce eivado de nulidade absoluta e, por via de consequência, não produz efeitos. Ademais em relação ao Estado e quando se viola leis de cunho social e de ordem pública. Ressalte-se, porém, que seus efeitos permanecem em relação ao terceiro de boa-fé.

Com tais considerações, depreende-se, de plano, que nulo de pleno direito os contratos de alienação fiduciária, em que o bem, objeto desse contrato, é utilizado para perpetrar o comércio de drogas ou é proveniente da mercancia ilícita.

Destarte, acertada a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no Mandado de Segurança Nº 1.0000.07457788-3, determinando a entrega do bem confiscado ao fiduciário, terceiro de boa-fé, nos termos em que foram propostos.

Temos que a restituição do bem, na sua integralidade, sem a ressalva do confisco do valor que exceder o crédito do fiduciário, em regra uma instituição financeira, implicaria evidente enriquecimento sem causa daquele em detrimento do Estado.

Lado outro, o não confisco do valor que sobejar em favor da União, deduzido o montante do crédito do fiduciário, significa desconsiderar, por completo, a teoria da validade dos negócios jurídicos e, por via de consequência, as normas de direito civil e penal aplicáveis à espécie.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Jose Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica. v. II. Facto jurídico, em especial negócio jurídico**, 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tratado de alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Ltr, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente e PASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei 11.343/2006**, São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, Abel Fernandes. et al, **Nova lei antidrogas: teoria, crítica e comentários à lei nº 11.343/2006**, Niterói: Impetus, 2006.
- MENDONÇA, Andrey Borges e CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Lei de drogas: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, comentada artigo por artigo**, São Paulo: Método, 2007.
- RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia fiduciária**. 2ª.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- SILVA, Luiz Augusto Bek. **Alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à nova lei antidrogas: manual prático**, Curitiba, Jurua, 2007.
- SOUZA, Sérgio Ricardo. **A nova lei antidrogas – lei Nº 11.343/2006**, Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

3.4.3 A razoável duração do processo ao enfoque da Lei de Drogas

Amaury Silva

Juiz de Direito

Professor de Direito Penal

Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce

Governador Valadares/MG

Autor do livro: Lei de Drogas Anotada - Editora JH Mizuno

A prestação jurisdicional de conteúdo criminal é uma modalidade de atuação da Administração Pública, mais precisamente, ligada à administração da Justiça, em que não se admite a supressão da eficiência, pois alçada essa qualidade à condição de princípio para todos os atos administrativos, como estampado no art. 37, *caput*, Constituição Federal, dicção advinda com a Emenda Constitucional n. 19 de 04/06/1998. Lógico que o ato administrativo da ‘entrega da jurisdição criminal’ implica em uma dualidade singular, contrapondo-se dois legítimos interesses: a defesa social exteriorizada pela perspectiva da punição dos culpados com respeito aos cânones garantistas e o direito individual de todo cidadão à liberdade.

Nesse contexto, o fator temporal na elaboração da imputação penal materializada no processo é elemento de exponencial relevância tanto para se chegar à eficiência, como mecanismo hábil ao equilíbrio entre as duas proposições da dicotomia inerente às decisões de caráter penal. Esse desenho adquire impressionante tonicidade na hipótese do processo penal ser conduzido com o acusado preso, em decorrência da antecipação de um dos efeitos da tutela jurisdicional penal pela constrição da liberdade do cidadão, posto na condição de réu ainda não reconhecido de modo definitivo como culpado.

A discussão em torno da duração do processo penal que transcorre com o acusado preso, não só na seara prática desperta maior visibilidade e interesse, como também no plano teórico, já que aquela condição de restrição à liberdade, parafraseando o repórter Álvaro Damiano “mexe, remexe, estremece”¹ com princípios dotados de hipersensibilidade na cena das garantias constitucionais processuais penais, como a presunção de inocência.

E a definição de qual prazo é o adequado, proporcional e razoável para a duração do processo é tarefa das mais árduas, não se podendo contar com absoluta discricionariedade judicial, nem tampouco com a abstratividade da norma jurídica, pois incapazes de englobar com plausibilidade todas as situações concretas. Cesare Beccaria na sua luminosa obra fez essa advertência: “As leis, porém, devem fixar certo prazo de tempo, tanto para a defesa do réu como para as provas dos delitos, e o juiz se tornaria legislador se acaso decidisse sobre o tempo necessário para a prova do delito”.²

A percepção que cuida de proclamar a razoabilidade do tempo utilizado para o trâmite processual sempre foi implícito enunciado de garantia fundamental, atualmente ostentada de maneira expressa pela Carta Constitucional – art. 5º, LXXVIII, redação conferida pela Emenda Constitucional n. 45 de 08/12/2004.

Em épocas anteriores a tal advento, já se reconhecia de maneira pacificada e linear que o excesso de prazo para a formação da culpa do réu preso, implicava em constrangimento ilegal, tornando necessário o relaxamento da respectiva prisão, em prestígio a todo o aparato de garantias penais do cidadão, assimiláveis pelo devido processo legal, consoante magistério de Alexandre de Moraes: “A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Essas previsões – *razoável duração do processo e celeridade processual* –, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do *devido processo legal*, seja na previsão do *princípio da eficiência* aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). Conforme lembrou o Ministro Celso de Mello, “cumpre registrar, finalmente, que já existem, em nosso sistema de direito positivo, ainda que de forma difusa, diversos mecanismos legais destinados a acelerar a prestação jurisdicional (CPC, art. 133, II e art. 198; LOMAN, art. 35, incisos II, III e VI, art. 39, art. 44 e art. 49, II), de modo a neutralizar, por parte de magistrados e Tribunais, retardamentos abusivos ou dilações indevidas na resolução dos litígios”...³

Inconcebível que o retardamento na condução do processo penal, sobretudo com a posição de recolhimento ao cárcere do réu seja performance usual e não excepcional, mesmo que tais circunstâncias venham a se desenvolver no âmbito da acusação pelo protótipo do crime de tráfico de drogas (art. 33, Lei 11.343/2006) e demais delitos previstos na Lei de Drogas. A verificação do indevido retardamento ou ausência de razoabilidade para tal situação é ofensa primária à dignidade da pessoa humana, pelo desrespeito à garantia fundamental acima destacada.

As situações violadoras desse atributo foram assim precisadas por Jussara Maria Moreno Jacintho:

“Dada a sua bifuncionalidade, deontológica e axiológica, a dignidade humana pode ser violada sob dois aspectos: através da interpretação violadora do seu postulado de promover a existência digna da pessoa humana. E nesse aspecto há violação também quando os diversos sistemas constitucionais são interpretados cada um segundo uma lógica diversa dessa assinalada, maculando a função de prover a coesão do conteúdo de todos os sistemas constitucionais. Há violação também quando há inobservância de qualquer dos direitos especificados a ela remetidos e ainda pelo desrespeito a qualquer um dos direitos fundamentais que compõem o seu núcleo essencial, haja vista que a dignidade se alcança pelo respeito a tais direitos.

¹ Jargão utilizado pelo repórter Álvaro Damiano, em transmissões esportivas no momento do gol – Rádio Itatiaia, Belo Horizonte/MG.

² *Dos Delitos e das Penas*, 3. ed., p. 84. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais

³ *Direito Constitucional*, 18. ed., Editora Atlas S/A, p. 94 – Referência – STF – Mandado de Injunção n. 715/DF – Rel. Min. Celso de Mello.

É de se notar que nas duas últimas situações, a dignidade atua como posição subjetiva, enquanto que na primeira, sua função é a de nortear a atividade hermenêutica. E tal violação tanto pode ser perpetrada pelo Estado, como, por particular. Considerando a atuação estatal, a dignidade vai funcionar não apenas como limite à dita atuação, como também vai obrigar o Estado a agir no sentido de remoer todo e qualquer empecilho a que esta seja concretizada.

A violação da dignidade em qualquer das suas feições axiológica ou deontológica gera um estado de incerteza e deslegitima o Estado em que ela é perpetrada. Ao afirmarmos que o Estado democrático brasileiro é um Estado organizado a partir da realização dos direitos fundamentais, a violação sistemática deles repercute não apenas em seu âmbito de atuação – como direito material que é, estruturado a partir de outros direitos, ou na atividade criadora, renovadora e transformadora de antigas em novíssimas acepções, mas sobretudo, na crença nas próprias instituições estatais, na capacidade superadora de obstáculos e na aptidão que a coesão cultural tem na fomentação de uma auto-estima coletiva apta e absolutamente imprescindível à construção de um Estado igualitário fundado na democracia e na liberdade de seus nacionais”.⁴

Com a existência da prisão cautelar é gigantesca a obrigação estatal em resguardar e cumprir a solução célere do impasse penal, pois em jogo a liberdade pública, eixo que conecta cada pessoa com o poder do *ius puniendi*, apanágio do Estado. E não há por mais drástica que seja a posição do acusado como a gravidade ou severidade do fato a ele imputado, modo de se eliminar tal garantia do seu acervo de prerrogativas, como se fosse ele o inimigo público número 01 ou que o direito penal do autor pudesse ser aplicado excepcionalmente.

Nos ilícitos criminais previstos na Lei 11.343/2006 não é de ser diferente o tratamento penal, sob a ótica da legenda da equiparação a hediondos ou outras implicações, sob pena de se alijar de parte do contingente humano o direito ao contraponto da liberdade pública face ao poder do Estado.

É essa a visão de Adauto Suannes ao focar a liberdade pública como mecanismo pertencente a todo ser humano: “Entre os direitos humanos fundamentais sobressai aquele concernente à liberdade física. Não se ignora que o conceito filosófico de liberdade é sempre relativo. Como ilustramos alhures, imagine-se um macaco que, tendo estado dentro de uma gaiola, dali foge. Aparentemente, conquistou ele sua liberdade. Ocorre que tal gaiola se encontra dentro de um quarto, cuja porta está fechada. Livre, mas não muito. Ao ser aberta a porta, ele se escafede, passando a circular livremente por toda a causa, cuja porta, no entanto, estando trancada, o impede de sair à rua. Novamente, livre, mas não muito. E assim a hipótese pode-se ir desdobrando até o momento em que nosso personagem, encastelado no alto de uma árvore, contempla a lua e a impossibilidade de voar até ela. Livre, mas não muito.

A liberdade, ainda que focada apenas sob a ótica jurídica, será sempre um vir a ser. É um processo contínuo de metas alcançadas e metas a alcançar, donde dizer a doutrina que os

direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade, podem ser denominados “liberdades públicas” no sentido de significarem a relação de cada ser humano com o Estado e seu poder”.⁵

A perseguição ao denominador comum do que seja a razoável duração do processo no caso do procedimento criminal previsto na Lei de Drogas, estando o réu preso cautelarmente tem sido objeto de enfoque divergente no plano jurisprudencial, consoante a construção que já foi angariada a partir da vigência da Lei 11.343/2006. No julgamento do HC n. 280250, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás entendeu que o prazo global para a formação da culpa sob a égide do novo Diploma Legal é de 95 dias.⁶

Em outra interpretação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná proclamou que no regime da Lei 11.343/2006, o prazo para a formação da culpa será no todo em 198 dias, contadas todas as hipóteses do art. 50, *usque* 59 e mais 12 dias para cumprimento pelo escrivão dos atos a seu cargo, considerando que nos termos do art. 799, CPP, tem 02 dias para cada um deles.⁷

A Corte Mineira tem se posicionado de modo recorrente pela sedimentação do prazo de 180 dias.⁸

Ao que é perceptível, a nova sistemática introduzida para o procedimento da Lei de Drogas, dificulta em muito a criação de uma regra para a cogitação daquele que seria o prazo padrão para a formação de culpa, em decorrência das vicissitudes processuais que podem ocorrer, inclusive em fase anterior e, ainda, considerando que no seio dos Tribunais Superiores, a extrapolação parcial em etapas, com recuperação na (s) subsequente (s) não implica em constrangimento ilegal, fenômeno que só ocorre a partir do cômputo global ultrapassado.

No entanto, em um prisma que mais se aproxima da linearidade, compreende-se que o prazo global para a formação da culpa é de 111 dias, regra geral, que conta com o seguinte esboço para sua composição: a) 30 dias do inquérito (art. 51); b) 01 dia para o despacho de abertura de vista ao Ministério Público (art. 54 c/c art. 800, III, CPP); c) 10 dias para vista ao Ministério Público (art. 54); d) 01 dia para o despacho judicial que ordena a notificação (art. 55, *caput* c/c art. 800, III, CPP); e) 10 dias para a defesa prévia (art. 55, *caput*); f) 05 dias para a decisão judicial sobre o recebimento da denúncia (art. 55, § 4º); g) 30 dias para a realização da audiência de instrução e julgamento (art. 65, § 2º); h) 10 dias para a sentença (art. 58, *caput*); i) 14 dias para os atos do escrivão (art. 799, CPP); conclusão ao juiz quando do recebimento dos autos da autoridade policial; vista ao Ministério Público; nova conclusão para o despacho de notificação; cumprimento da notificação; conclusão ao juiz após a defesa prévia; expediente para a audiência de instrução e julgamento; publicação da sentença.

Se houver a duplicação do prazo para conclusão do inquérito previsto no art. 51, Lei de Drogas, somam-se mais 30 dias para a diligência, 02 dias referentes a dois despachos judiciais e mais 04 dias referentes ao prazo de cumprimento pelo escrivão.

⁴ *Dignidade Humana – Princípio Constitucional*, 2006, Juruá Editora, p. 151/2.

⁵ *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 146.

⁶ HC 280250, 1ª Câmara Criminal, TJGO, j. 16/01/2007, Rel. Des. Antônio Fernandes de Oliveira, in DJ GO, 14933, 02/02/2007.

⁷ HC 04002248, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marcus Vinícius de Lacerda Costa, j. 15/03/2007, in www.tj.pr.gov.br

⁸ HC n. 10000084687714 – 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Judimar Biber, j. 26/02/2008, in www.tjmg.gov.br/jurisprudencia

Se for a hipótese da ausência de defesa constituída, agregam-se mais 20 dias do art. 55, § 3º para a atuação do defensor público ou dativo, fazendo-se o cômputo em dobro do prazo previsto no art. 5º, § 5º, Lei 1.060/50 e mais 01 dia para o despacho judicial de nomeação e 02 dias para cumprimento pelo escrivão.

Ocorrendo a hipótese do exame de dependência de drogas previsto no art. 56, § 2º projetam-se mais 60 dias ao prazo total (o intervalo entre o recebimento da denúncia e a instrução deve ser de 90 dias), por isso, no prazo anterior aumentam-se apenas 60 dias, pois, na 1ª situação foi computado o interregno de 30 dias, mais 05 dias para a decisão interlocutória mista que a admitir (art. 800, II, CPP) e mais, 02 dias para a providência da serventia judicial visando ao cumprimento pelo escrivão.

Esse formato deve ser obedecido sem contar o prazo de 10 dias previsto no art. 55, § 5º da Lei de Drogas, porquanto há visível inconstitucionalidade no dispositivo, já que promove uma indevida interseção do órgão julgador que deveria ser isento, independente e equidistante das partes, com o órgão acusador e mesmo o aparato policial. Sendo o caso de se admitir a hipótese das diligências, o somatório desse prazo deve também ser conferido.

Em virtude das diferenças estruturais das ações penais, umas contando com atos processuais que em outras não serão realizados, a disciplina para a razoável duração do processo do réu preso nos casos da Lei de Drogas conta com uma intensa vastidão, o que remete o intérprete à estrita observação de cada caso concreto, para a partir da verificação da extrapolação do prazo se cogitar da incidência do constrangimento ilegal, apto ao relaxamento da prisão, questionando-se com vigor se há ou não justificativa para a soltura do acusado antes do provimento final.

A doutrina se inclina para o parâmetro de aproximadamente 100 dias para a formação da culpa, com a ponderação de que a exorbitância do excesso de prazo implica no relaxamento da prisão, como enfatizam o Prof. Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e William Terra de Oliveira: “De um modo geral, contando-se os prazos mais comuns (trinta dias para encerrar o inquérito quando se trata de agente preso, dez dias para o MP denunciar, dez dias para a defesa preliminar, cinco dias para o juiz decidir, trinta dias para realizar a audiência de instrução e julgamento), chega-se a um total de mais ou menos cem dias (recorde-se que cada vez que os autos passam pelas mãos do escrivão ele conta com dois dias para autuação e remessa a quem de direito; mas normalmente esse prazo acaba não sendo cumprido; tratando-se de réu preso, caso haja excesso injustificado, é possível pedir o relaxamento da prisão). Sintetizando: qualquer excesso não justificado dará ensejo ao relaxamento da prisão. Aliás, mesmo que justificado, sendo exorbitante (ultrapassando a razoabilidade), também gerará o relaxamento da prisão”.⁹

Nenhuma crítica é de ser feita ao legislador pela adoção de prazos como *plus* para os compartimentados atos processuais possíveis de ocorrer na ação penal envolvendo os crimes relacionados às drogas, pois buscou se condicionar com o domínio de si própria, para possibilitar o respeito à garantia fundamental da razoável duração do processo, sem descobrir o legítimo interesse público na punição. E é somente com a contrapartida do acréscimo de prazo para as diligências extras que se conjuga com sabedoria o verbo “razonar” no módulo processual penal, responsável e democrático.

⁹ Lei de Drogas Comentada, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 277.

3.4.4 Obras doutrinárias e artigos indicados na área

A) Obras doutrinárias

3.4.4.1 VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. **Causalidade científica no direito penal.** Mandamentos: Belo Horizonte, 2004, 344p.

Nessa interessante obra, o Professor e membro do Ministério Público mineiro HÉLVIO SIMÕES VIDAL estuda o nexo de causalidade do direito penal à luz da experiência já bastante consolidada no Direito italiano, embora “sem qualquer referência dos nossos tratadistas” (p.) Assim, o autor direciona o seu abalizado estudo rumo a um aprofundamento do tema proposto, notadamente com o intuito de superar a visão clássica presente no nosso ordenamento jurídico pelo “modelo propugnado pelo luminar do

Direito Penal Italiano, Frederico Stella, com relevo, ainda, para a omissão penalmente relevante” (p.). Explica o jurista:

Pretendemos refutar a necessidade em nosso sistema penal e ampliar os conceitos de causa penalmente relevante, sempre sob o enfoque, jamais discutido em nossa dogmática, da subsunção sob leis científicas (leis universais e leis estatísticas), hoje integralmente acatado pela mais abalizada doutrina italiana, com eco na jurisprudência da sua Corte de Cassação (p.)

B) Artigos

3.4.4.2 KALB, Christiane Heloísa. Pedofilia na internet: legislação aplicável e sua eficácia na realidade brasileira. In **Revista Jurídica Nota Dez**, nº 368 – junho de 2008, pp. 105-124.

A autora, que é advogada em Santa Catarina, inicia o trabalho explicando a diferença entre os termos pedofilia e pornografia infantil, fazendo uma breve remissão ao tema no âmbito da Constituição Federal, ECA e Código Penal no que diz respeito aos “mecanismos legais existentes, destinados a promover a prevenção e a repressão das práticas de se enquadraram no conceito de pedofilia” (p. 107).

Em seguida, traz suas considerações reflexivas especificamente quanto ao problema da pedofilia na internet, apontando dados pontuais sobre a matéria. Nesse seara, merece destaque a

sua abordagem pertinente à questão dos provedores, aos mecanismos de repressão e à criação de um plano de enfrentamento à pedofilia e exploração sexual na internet.

Por fim, vale citar:

Sem dúvida, ainda há um longo caminho a ser trilhado. Todavia, os primeiros passos já foram dados. Cabe, agora, continuar no rumo desta direção, de maneira a se propiciar, cada vez mais, uma melhor proteção àqueles que serão parte das futuras gerações (p. 124).

3.4.5 Jurisprudência da área

3.4.5.1 TJMG, 3ª Câmara Criminal. *Uso de bafômetro. Salvo conduto. Habeas Corpus preventivo. Devido processo legal. Proporcionalidade.*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS PREVENTIVO - NOVA LEI DE TRÂNSITO - ASSOPRAMENTO DO BAFÔMETRO - SALVO-CONDUTO - TEMOR INFUNDADO - SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. Não restando comprovada qualquer ameaça ao direito de ir e vir do paciente, não há como conceder o salvo-conduto pleiteado, que exige demonstrações sérias e fundadas de perigo atual ou iminente à liberdade de locomoção, não se justificando o seu deferimento no simples temor de eventual detenção decorrente da estrita aplicação das atuais normas de trânsito, para as quais são previstas apenas sanções administrativas, já que a sua concessão implicaria alforria para aquele que passasse a dirigir alcoolizado. Quem não quiser ser punido com as referidas sanções administrativas que não beba antes de dirigir, pois o direito coletivo prevalece sobre o individual, notadamente quando se trata da incolumidade pública. Ordem denegada.

HABEAS CORPUS PREVENTIVO - NOVA LEI DE TRÂNSITO - IMPOSIÇÃO DE ASSOPRAR O BAFÔMETRO - AMEAÇA FUTURA - CARÊNCIA DE AÇÃO - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - NÃO-CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. A utilização do habeas corpus supõe concreta configuração de ofensa, atual ou potencial, ao direito de ir, vir e permanecer do paciente, não servindo para protegê-lo a alegação de ameaça futura. O habeas corpus não é meio hábil para discutir lei em tese, enquanto regra de conduta abstrata, que, por si, não lesa qualquer direito individual. Para o cabimento do mandamus, é necessária a conversão da lei em ato concreto, que subordine a liberdade física do indivíduo a uma restrição.

(...)

Efetivamente, é preciso esclarecer que a lei não prevê a condução à Depol daquele que se recusa a realizar os testes, que são de três tipos: bafômetro, exame de sangue e exame clínico. Somente será levado aquele que fizer os exames e apresentar concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Também será conduzido aquele que, mesmo não se submetendo aos testes do bafômetro ou exame de sangue, apresentar notórios sinais de embriaguez, ou seja, a prisão será sempre em função do estado de flagrância delitiva, por estar o condutor dirigindo embriagado, e nunca por se recusar a fazer os testes.

Entendo que qualquer constrangimento sobre a pessoa que possa resultar em cerceamento ao direito ambulatorial é sanável via “habeas corpus”. É certo que a imposição de multa, retenção do veículo e suspensão do direito de dirigir guarda relação apenas com os aspectos administrativos da lei, não interferindo no direito ambulatorial dos requerentes. Contudo, a obrigatoriedade dos exames de medição de teor alcoólico no sangue, ainda que por via oblíqua, atinge o direito de liberdade, não deixando de ser um constrangimento às garantias constitucionais do cidadão, pois “se o Estado pode condenar quem se recusa manifestar vontade ou praticar um ato, não pode estabelecer uma execução

específica dessa condenação, extorquindo da pessoa informação ou a prática do ato: a própria Constituição veda a tortura” (in Direito Constitucional, Kildare Gonçalves, 13.ª ed., ed. Del Rey, 2007, p. 609).

Não se está, aqui, querendo dizer que o cidadão tem o direito de dirigir embriagado, pois a ninguém é dado esse direito. A prisão em flagrante do motorista que dirige embriagado não é apenas legal, mas justa, pois os dados de acidente de trânsito são alarmantes em nosso país. Além disso, o § 2.º do art. 277 possibilita ao agente de trânsito caracterizar a infração prevista no art. 165 mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

Logo, apesar de entender ser inconstitucional a imposição de submissão aos exames de medição de alcoolemia, porquanto viola o direito do cidadão consagrado na Constituição da República de não fazer prova contra si, bem como o princípio do devido processo legal, contudo, a via eleita é inadequada para sanar eventual constrangimento a direito do impetrante.

Finalmente, a assertiva no sentido de que a penalização do motorista que ingere um copo de bebida alcoólica como aquele que dirige embriagado afrontaria o princípio da proporcionalidade, que precisa ser reparado pelo Judiciário, não me parece correta. Não há qualquer constrangimento no fato de a lei ter estabelecido no art. 276 que o condutor que for apanhado dirigindo com qualquer concentração de álcool ficará sujeito, sob o aspecto administrativo, às penalidades previstas no art. 165, já que a ingestão de maior ou menor quantidade de bebida produz efeitos distintos, podendo ocorrer que uma pequena quantidade gere conseqüências relevantes em determinados indivíduos.

Por outro lado, as alegações de que a ingestão de determinados alimentos, como um bombom contendo licor, o uso de anti-séptico bucal, e eventual falha no bafômetro, poderiam levar a alguma concentração de álcool no sangue, acarretando a aplicação da indesejável penalidade, e ainda sobre a prática de excessos que poderão ocorrer por parte da polícia não autorizam, de antemão, a concessão da ordem pleiteada, devendo ser objeto de análise em face do caso concreto, e de correção pela via administrativa ou judicial, se for o caso.

Concluindo, ausente situação de risco efetivo para a liberdade de locomoção física, não tem pertinência o remédio constitucional do habeas corpus cuja utilização supõe a concreta configuração de ofensa, atual ou potencial, ao direito de ir, vir e permanecer do paciente, não servindo para protegê-lo a alegação de uma ameaça futura. O habeas corpus não é meio adequado para discutir lei em tese, como já dito, e muito menos para impedir a aplicação de sanções administrativas, restando, pois, evidente a impropriedade da via eleita à providência que o impetrante pretende obter. (TJMG, 3ª Câmara Criminal, **Apelação Criminal nº 1.0000.08.478784-5/000(1)**, Rel. Des. Paulo Cezar Dias, Rel. para o acórdão Antônio Armando dos Anjos, j. 12.08.2008, DJ 08.10.2008).

3.4.5.2 STJ, 5ª Turma. *Parâmetro para a contagem da prescrição em relação aos atos infracionais análogos a crime.*

EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MAIORIDADE CIVIL. LIBERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas sócio-educativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo.

2. À míngua da fixação de lapso temporal em concreto imposto na sentença menorista, a prescrição somente deve ser verificada a partir do limite máximo de 03 (três) anos previsto no art. 121, § 3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes desta Corte Superior.

3. Para aferir a prescrição das medidas sócio-educativas,

utilizam-se os mesmos critérios necessários à declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal. Assim, nos termos do que estabelece o art. 109, inciso IV, c.c. art. 115 do Código Penal, observa-se que o prazo prescricional não se aperfeiçoou em relação ao ato infracional cometido pelo Paciente, por não haver transcorrido prazo suficiente.

4. Para efeito de aplicação das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, leva-se em consideração a idade do menor à data do fato. A liberação obrigatória deve ocorrer apenas quando o menor completar 21 (vinte e um) anos de idade.

5. O Novo Código Civil em vigor não revogou as disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. Habeas corpus denegado. (STJ, 5ª Turma, HC 95012 / RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.02.2008, DJ 03.03.2008)

3.4.5.3 TJMG, 3ª Câmara Criminal. *Roubo e extorsão. Impossibilidade de reconhecimento de crime único. Ocorrência de continuidade delitiva*

EMENTA: APELAÇÃO - ROUBO E EXTORSÃO - PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO - SENTENÇA "EXTRA PETITA" - REJEIÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO DA EXTORSÃO PARA DELITO DE ROUBO - IMPOSSIBILIDADE - CRIME ÚNICO - NÃO OCORRÊNCIA - DECOTE DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO - PLEITO PREJUDICADO - CONTINUIDADE DELITIVA - RECONHECIMENTO - INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - REDUÇÃO DA PENAAQUÉM DO MINIMO LEGAL - NÃO CABIMENTO. Pratica delito de roubo e extorsão os agentes que depois de roubarem a residência da vítima, levam-na ao banco, exigindo desta o saque de determinada importância que a mesma tinha em depósito. Não há que se falar em concurso material, mas em crime continuado quando os delitos são da mesma espécie, praticados contra o patrimônio, ofendendo, de forma ampla, o mesmo bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. A incidência de circunstância atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

(...)

Pleiteia, ainda, a combativa defesa, a reforma da sentença para o reconhecimento da figura do crime único, impondo-se a condenação do apelante apenas pelo delito de roubo majorado.

De acordo com a dinâmica dos fatos, pude perceber que a empreitada criminosa ocorreu da seguinte maneira:

Primeiramente, os acusados adentraram na residência das vítimas e restringendo-as mediante grave ameaça, lograram êxito em subtrair 05 (cinco) aparelhos celulares, um MP3, R\$350,00 (trezentos e cinquenta reais) em dinheiro e uma peça de bijouteria. Num segundo momento, o apelante e o menor L.F.T., determinaram que as vítimas adentrassem no veículo Corsa, que estava estacionado na garagem da residência, palco do delito, onde resolveram levá-las até a agência bancária para que efetuassem o saque de certa quantia em dinheiro.

Diante do exposto, nota-se claramente que o delito de roubo restou comprovado, já que os agentes mediante violência

e grave ameaça retiraram a res da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima, obtendo a sua posse.

Desta feita, não restam dúvidas de que, as condutas praticadas pelos acusados, se dividem em duas. A primeira direcionada a subtrair das vítimas os seus pertences e valores, sendo o palco dos acontecimentos a residência das vítimas (ROUBO), e a segunda direcionada a constranger a ofendida XXXXX a fornecer-lhes dinheiro mediante saque da sua conta bancária, reduzindo-lhe a possibilidade de resistência (EXTORSÃO).

De fato, os acusados subtraíram os pertences existentes na casa da vítima, e, momentos depois, tiveram a idéia de também levá-las à agência bancária para extorquir a vítima XXXXX.

Dessa forma, tem-se que, consumado o roubo, novo desígnio conduziu a conduta delitiva dos agentes, qual seja: o intuito de auferir vantagem econômica mediante o constrangimento das ofendidas no sentido de ir até a agência bancária com a finalidade de lhes fornecer dinheiro, extorquindo-as.

Ademais, assevera-se que a privação da liberdade das vítimas não tinha por escopo assegurar a prática da subtração no delito de roubo, pois este já havia se consumado dentro da residência. Muito pelo contrário, os agentes iniciaram nova prática delituosa ao restringirem a liberdade das ofendidas, com o intuito de extorquir dinheiro da vítima XXXXX.

Por todo o exposto, entendo que não há como acolher o pedido lançado pela defesa de reconhecimento de um único delito, mormente por verificar que houve duas condutas distintas, de um lado o roubo, com a subtração de pertences da vítima, e de outra a extorsão, dando ensejo a duas condutas, com capitulações delitivas próprias que devem ser sancionadas autonomamente.

Noutro turno, vejo que o *decisum* está a merecer reparo, pois não há que se falar em concurso material entre os crimes de roubo majorado e extorsão, mas sim em continuidade delitiva, porquanto se tratam de crimes da mesma espécie, praticados contra o patrimônio, ofendendo, de forma ampla, o mesmo bem

jurídico tutelado pela norma incriminadora.

Entendo que mister é o reconhecimento da continuidade delitiva do crime de roubo com o crime de extorsão, mormente por constatar que a segunda prática delituosa se deu como mero des-

dobramento da primeira, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, tendo os agentes se aproveitado da oportunidade gerada pelo êxito do primeiro delito. (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0702.07.368186-9/001, Rel. Des. Paulo César Dias, j. 05.08.2008, DJ 16.08.2008).

3.4.5.4 STJ, 6ª Turma. Roubo e extorsão. Impossibilidade de reconhecimento de crime único. Ocorrência de concurso material

EMENTA: CRIMINAL – HABEAS CORPUS – ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MAJORADA – CRIME ÚNICO – IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA – CRIMES DE ESPÉCIE DIVERSA – CONCURSO MATERIAL. CRITÉRIO DE AUMENTO PELA QUANTIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS – NÃO ADMISSÃO – AUMENTO FUNDAMENTADO – POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA APENAS PARA REDUZIR AUMENTO PELA EXTORSÃO MAJORADA E RESTABELECE A SENTENÇA NO QUE SE REFERE AO ROUBO.

Se o roubo e a extorsão são cometidos sucessivamente, não há possibilidade de consideração de um crime único. A continuação delitiva pressupõe crimes da mesma espécie e o roubo e a extorsão, ainda que do mesmo gênero, são de espécies diversas, não comportando a ficção jurídica.

Se o aumento pelas circunstâncias referentes ao roubo é devidamente justificado é possível o acréscimo acima do mínimo legal previsto.

Se o aumento pela extorsão circunstanciada é superior ao mínimo, valendo-se o julgado apenas de seu quantitativo, sem fundamentação idônea, impõe-se sua redução ao mínimo legal.

Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir o aumento pela extorsão circunstanciada ao seu mínimo legal e fazer a pena pelo roubo retornar ao quantitativo fixado na sentença.

(...)

Alega o paciente, com a presente impetração, que não poderia ter sido condenado pelo crime de extorsão, pois tudo ocorreu num único contexto, logo, houve apenas um crime: o de roubo triplamente circunstanciado.

Como pedido alternativo quer sejam os dois crimes considerados em continuidade delitiva, pois praticados em um mesmo contexto fático e com utilização de um modo de execução bastante semelhante.

No que diz respeito à manutenção da sentença considerando os crimes praticados como um só: o de roubo circunstanciado, tal pretensão não encontra amparo jurídico, notadamente, quando estão bem delineadas as duas condutas, praticadas sucessivamente como na hipótese dos autos em que, primeiramente, foi realizado o roubo e em seguida a extorsão.

Após o roubo, a privação da liberdade das vítimas, objetivando a obtenção de vantagem indevida, permaneceu vigente, como visto, em momento posterior à sua consumação. Assim, inviável o reconhecimento da absorção da extorsão pelo roubo praticado pelo paciente.

A segunda pretensão diz respeito à continuidade delitiva entre o roubo e a extorsão.

O cerne da questão consiste em saber se o crime de roubo e de extorsão são crimes da mesma espécie, tendo em vista ser um dos requisitos previstos no art. 71 do Código Penal.

Na esteira da orientação jurisprudencial do Pretório Excelso e desta Corte, crimes da mesma espécie são aqueles previstos no mesmo dispositivo legal, isto é, que possuem o mesmo tipo fundamental, abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas, tentadas ou consumadas. Dessa forma, na hipótese, não há como reconhecer a continuidade delitiva (STJ, 6ª Turma, HC 103281/SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), j. 01.07.2008, Dje 12.08.2008).

4. INFORMAÇÕES VARIADAS

4.1 DIREITO CIVIL EM EVOLUÇÃO – PARTE II

4.1.1 Direito civil constitucional: uma nova visão do direito civil – parte II¹

Ana Cristina Alves

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

Sumário: 4. O novo Direito Civil Brasileiro. 5. Conclusão.



Ana Cristina Alves

4 – O NOVO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 1916, fruto de uma sociedade agrária e patriarcalista, fundamenta-se nos princípios do Liberalismo: supervalorização da pessoa, individualmente considerada, em detrimento dos interesses gerais da coletividade.

O tempo se encarregou de provar que essa óptica egoística precisava de uma revisão, já que o ser humano não vive isoladamente, sendo impossível proteger pequenas parcelas de interesses individuais

sem se preocupar com o interesse global, ou seja, o interesse da sociedade como um todo, formada pela união de indivíduos que, em busca do bem comum, renunciam, muitas vezes, a uma parcela de interesses particulares.

Orientado pela Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2003 priorizou o Direito social, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem esquecer dos valores da pessoa humana.

O princípio da socialidade, princípio estruturante do Estado Social Constitucionalista, é traço fundamental no novo Código Civil, o qual, ao mesmo tempo em que protege os direitos subjetivos, veda a sua utilização como simples produto do poder da vontade individual, em claro privilégio ao interesse social.

Da função social da propriedade à função social dos contratos e à nova concepção de família: a socialidade é princípio evidente em todos os setores do novo Código Civil.

No tocante à propriedade, percebe-se que a maior importância que se dá à pessoa tem gerado, conseqüentemente, o fenômeno da “despatrimonialização”, consagrando a idéia de que interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal se antepõem a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe, na hierarquia de valores, a prevalência da pessoa humana ao interesse econômico².

A inversão desses valores acarretou uma mudança na forma de se proteger a propriedade: o que era absoluto passou a ser relativo, já que entrelaçado à idéia de função social. A teoria do abuso de direito no exercício de um direito subjetivo, somada ao conceito de função social, deu uma nova dimensão à propriedade privada, consagrando-lhe um caráter social.

A função social da propriedade nada mais é do que a afetação jurídica, plena e exclusiva de bens e meios de produção aos fins da sociedade globalmente considerada, ou seja, é a proteção da propriedade sob um ângulo social: protege-se a propriedade, desde que ela esteja de acordo com as limitações administrativas e as exigências ético-sociais.

Da mesma forma deve ser entendida a função social da posse, cujo exercício, à semelhança da propriedade, sofre limitações administrativas e sociais, em especial no tocante à segurança, saúde e prosperidade pública, economia popular, cultura, higiene, urbanismo e defesa nacional³.

A Constituição Federal de 1988, após garantir o direito de propriedade no inciso XXII do artigo 5º, limitou-o no inciso XXIII do mesmo artigo, ao estabelecer que “a propriedade atenderá a sua função social”. O preceito é repetido no artigo 170, inciso III; artigo 182, §1º e artigo 186. Como não poderia deixar de ser, o Código Civil também consagrou o princípio da função social no artigo 1228, §1º, o qual limita o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio artístico e histórico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

No campo dos contratos nasce a idéia de contrato como valor de utilidade social, como instrumento de promoção do ser humano e de sua dignidade, não mais como simples fonte de enriquecimento.

O novo Direito civil, seguindo os princípios constitucionais, consagra a função social dos contratos, numa tentativa de sintetizar a função econômica (o contrato como fonte de circulação de riquezas) e a função pedagógica (o contrato como meio de civilização, de educação do povo para a vida em sociedade).

Nas palavras do eminente jurista Miguel Reale⁴, concre-

¹ O presente artigo foi dividido em duas partes para melhor adequação aos padrões da Revista MPMG Jurídico, tendo sido a parte I publicada na edição anterior.

² ARCE, Joaquim; VALDÉS, Florez. *El derecho civil constitucional*. Civitas: Madrid, 1991

³ PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. *A disputa da posse*. São Paulo LTr, 1999.

⁴ REALE, Miguel. *A função social do contrato*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>> Acesso em 25/09/2004.

tizador do ideal do Direito Civil Constitucional:

O imperativo da função social do contrato estatui que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal da jurisprudencial e da consuetudinária. O ato de contratar corresponde ao valor da livre iniciativa, erigida pela Constituição de 1988 a um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito, logo no inciso IV do Art. 1º, de caráter manifestamente preambular. Assim sendo, é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público. Como uma das formas de constitucionalização do Direito Privado, temos o § 4º do Art. 173 da Constituição, que não admite negócio jurídico que implique abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. E em todos os casos em que ilícitamente se extrapola do normal objetivo das avenças que é dado ao juiz ir além da mera apreciação dos alegados direitos dos contratantes, para verificar se não está em jogo algum valor social que deva ser preservado. Como se vê, a atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluem, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento. Por outro lado, o princípio de socialidade atua sobre o direito de contratar em complementaridade com o de eticidade, cuja matriz é a boa-fé, a qual permeia todo o novo Código Civil. Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916, ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; ou, então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002. É a essa luz que deve ser interpretado o dispositivo que consagra a função social do contrato, a qual não colide, pois, com os livres acordos exigidos pela sociedade contemporânea, mas antes lhes assegura efetiva validade e eficácia.

As inovações alcançaram também o Direito de família. O tempo se encarregou de transformar o próprio conceito de família, bem como todos os princípios e valores a ele inerentes.

Em decorrência de grandes mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais, como, por exemplo, a emancipação da mulher e a revolução industrial, seguida do êxodo rural, a família fundada exclusivamente no casamento começa a dar lugar à família fundada no amor, na solidariedade e na cooperação, ou seja, a família passa a estruturar-se mais nos laços de afeto do que nos laços formais e de sangue.

A família patriarcal e hierarquizada, advinda, exclusivamente, do matrimônio, foi substituída pela família calcada no afeto, instituição voltada para o desenvolvimento pessoal de cada de seus membros, onde, mais do que o sangue ou as regras, se preza o amor, o respeito e o companheirismo.

Como não poderia ser diferente, o ordenamento jurídico acompanhou essas mudanças, alçando o ápice com a Constituição Federal de 1988, a qual solidificou aqueles princípios que, há muito, vinham sendo difundidos na sociedade.

Podemos dizer que, atualmente, família é um conceito que se refere a um lugar sócio-afetivo, operador na estruturação psíquica de uma criança, e não apenas a um conjunto de pessoas onde uma parceria entre os cônjuges ou pais biológicos esteja configurada. Chamamos de família qualquer expressão que se articule por uma relação de descendência, mas, sobretudo, família é o local onde se manifesta uma relação afetiva. Afasta-se a primazia da função genética, já que os avanços da ciência permitem várias alterações nas formas de reprodução e as condições sociais e culturais permitem outras tantas formas de filiação. Hoje, torna-se mais interessante resgatar a função da família a partir de elementos como desejo, amor, carinho, do que propriamente conceituá-la com os elementos fornecidos pela biologia⁵.

A Constituição Federal de 1988 recepcionou essa nova família, priorizando o afeto, o respeito, o companheirismo.

A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. A nova família, nuclear e democrática, está protegida pelo texto constitucional, desde que cumpra o seu papel educacional, relegando a segundo plano o vínculo biológico e a unicidade patrimonial.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reflete com grandeza o novo conceito de família, trazendo ao Direito civil todos os princípios constitucionais de proteção ao menor. Mais uma vez as regras civis privilegiaram o interesse social em detrimento do individualismo egoísta do Código de 1916.

5 – CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou, com magnitude, o nascimento oficial do Estado Democrático de Direito no Brasil. A elevação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana a fundamento da República Federativa do Brasil marcou uma nova era, a era da supremacia dos direitos e garantias fundamentais.

A crise do Liberalismo, agravada pelos altos índices de desigualdades sociais e pela crescente escravização do mais pobre pelo mais rico, fez nascer o movimento social Constitucionalista, onde as constituições deixam de ser apenas documentos políticos para se transformar em instrumento de organização e defesa individual, social e coletiva, buscando a proteção do interesse privado em perfeita consonância com o interesse público.

A atual Constituição, classificada como constituição rígida, analítica e dirigente, traça normas gerais sobre todos os ramos do Direito, disciplinando, ainda que de forma geral, toda a estrutura jurídica brasileira.

⁵ BARROS, Fernanda Otoni de. “Sobre o interesse maior da criança”. Disponível na home page do IBDFam: <http://www.ibdfam.com.br> em novembro/2003.

Em conformidade com o princípio da supremacia das normas constitucionais, todo o conteúdo das normas infraconstitucionais deverão seguir os preceitos na Constituição estabelecidos, regulamentando aquilo que a Constituição disciplinou de forma geral.

Isso significa que as normas de Direito civil, infraconstitucionais por natureza, devem obedecer aos princípios constitucionais, dando solidez e uniformidade ao ordenamento jurídico.

O novo Código civil cumpriu com grandeza tal exigência, colocando fim àquela antiga e ultrapassada idéia de que o Direito civil deve cuidar, única e exclusivamente, de interesses privados. Tal fato joga por terra, definitivamente, a separação entre Direito privado e Direito público, dando origem aos fenômenos denominados “Publicização ou Socialização do Direito privado” e “Privatização do Direito público”.

O Direito Civil Constitucional não é um novo ramo do Direito, mas tão somente uma nova forma de se enxergar o Direito

civil, que deve ser construído sobre uma pedra fundamental: a Constituição.

Esse novo Direito civil tem como fundamento não mais o interesse particular, isoladamente considerado, mas o interesse particular dentro de um contexto social, ou seja, é a proteção do indivíduo como membro integrante da Sociedade. É o princípio da supremacia do interesse público, visto sob o ângulo social e democrático da Constituição de 1988, invadindo também o Direito civil.

Fruto do Estado Social Constitucionalista, o Direito civil da função social não significa o fim do Direito civil, como afirmam alguns. Na verdade o Direito civil nunca esteve tão vivo, já que nunca conseguiu corresponder aos anseios de toda a sociedade, e não apenas de parte dela, como agora. E é nesse contexto, parafraseando Fredriek Kessler, citado por Gustavo Tepedino, que podemos dizer:

“Se o Direito civil morreu, viva o Direito civil!!!”

BIBLIOGRAFIA

- ARCE, Joaquim. VALDÉS, Florez. El derecho civil constitucional. Civitas: Madrid, 1991.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Fernanda Otoni. Sobre o interesse maior da criança. Para além da biologia.. Disponível na home page do Instituto Brasileiro de Direito de Família: www.ibdfam.com.br. Acesso em 15 de novembro de 2003.
- BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa in Humanismo latino e estado no Brasil. Orides Mezzaroba, organizador. Florianópolis: Fundação Boiteux; Fondazione Cassamarca, 2003.
- CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.
- DIAS, Maria Berenice. O novo Código Civil. Texto disponível na home page www.mariaberenice.com.br. Acesso em 23 de outubro de 2003.
- DIEZ-PICAZO, Luis. GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.
- FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade – Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil - Parte Geral. São Paulo, Saraiva, 1999.
- MORIONES, Guillermo Suárez. Manual de Derecho Civil. Bogotá: FUAC, 1990.
- PEREIRA, Carlos Alberto de Campos Mendes. A disputa da posse. São Paulo: LTr, 1999.
- REALE, Miguel. Função social do contrato. Disponível em: www.miguelreale.com.br. Acesso em 25 de setembro de 2004.
- SANTOS, José Camacho. O novo código civil brasileiro em suas coordenadas axiológicas: do liberalismo à socialidade. Jus navigandi. Teresina, a .6, n. 59, out. 2002. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp.id=3344. Acesso em 25 de setembro de 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- WIEACKER, Franz. História do Direito privado moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

4.2 ANÁLISE CRÍTICA

4.2.1 Ética e Amizade Pública na Política

Rosângelo Rodrigues de Miranda

Doutor em Direito pela PUC-SP e Professor de Direito Constitucional na FADIVALE. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com exercício em Governador Valadares (MG)

Nestes tempos de política eleitoral, em que as paixões afloram e se acirram, muitas vezes esquecemos as origens do significado da palavra política.

Para os gregos antigos, política era arte de viver entre amigos, na polis, na cidade.

Polis é ao mesmo tempo o múltiplo, daí polímetro, muitas medidas, polígamo, muitos amores, e cidade, lugar em que se vive junto ao múltiplos, aos iguais e aos diferentes, junto aos outros que marcam espaços que vão além de mim mesmo. Na cidade, a vida só ganha sentido diante do outro que junto comigo marca o múltiplo.

Viver na cidade, portanto, exige a arte da política, isto é, a arte de construir a harmonia capaz de congrega os múltiplos que compõem a polis.

Como base desta congregação existe um cimento, uma pilastra, uma ponte, que ao mesmo tempo liga e torna indissolúvel o laço de união daqueles que vivem na cidade, esta base, este laço é a AMIZADE. Não esta amizade do compadrio, privada, do particular, tão marcante nas relações de nós latinos, aquela amizade que encontramos na nossa varanda, em que se troca segredos, favores, confidências.

Ao contrário, trata-se da AMIZADE PÚBLICA que une cada cidadão da polis a um destino comum, amizade marcada pela ausência de segredos, em que o diálogo é público e na qual a convergência de interesses é construída sob o manto do altruísmo qualificado pela renúncia dos interesses privados em prol dos interesses maiores da sociedade.

Esta amizade pública, exigida para a vida na cidade. Imperiosa para a vida política na cidade, impõe uma ética toda própria capaz de servir de âncora para a manutenção a aprimoramento do laço social que une todos ao destino da cidade. Trata-se de uma ética pública. Uma ÉTICA DA VIDA POLÍTICA PÚBLICA, cujo esteio é a amizade pública que une aqueles que vivem na cidade.

Esta ética é pública e, portanto, seu agir se dá nos espaços públicos, na praça, cujo exemplo máximo se dá, nos dias de hoje, em nossos comícios que são os momentos nos quais a população pode ouvir a falar de e com aqueles que pretendem contribuir, via eleição, para o aprimoramento da vida na cidade.

Sendo pública, ela é, em consequência, UMA ÉTICA DA TRANSPARÊNCIA, nela não há lugar para segredos, maquinacões, pactos ocultos. No espaço da política, a ação de homem público deve ser transparente, levando ao eleitor, seu par, um traço de sinceridade que marca as verdadeiras amizades. Ganhar ou perder passa a não ser o mais importante. O homem público

transparente, ganha com sua sinceridade, o respeito de todos os pares e com seu exemplo, passa, pedagogicamente, a marcar as ações dos outros.

Como toda amizade, ela é uma ÉTICA ALTRUÍSTA, marcada pela renúncia dos interesses próprios em nome dos interesses comuns que nos ligam aos amigos. O verdadeiro amigo, aquele que ama a cidade, sabe renunciar aos próprios interesses em prol da coletividade.

Como toda amizade, ela é uma ÉTICA DA PRUDENCIA. O verdadeiro amigo sempre tem uma palavra de sabedoria, de experiência, de exemplo e de conselho para os momentos difíceis, quando a hesitação ou o erro distanciam a todos, o amigo, cidadão, vereador, prefeito, médico, professor, estudante, sempre pode ofertar uma palavra de prudência que vise retornar todos ao correto caminho a ser trilhado na construção do bem comum.

Esta fala, esta palavra exige diálogo, e eis que como toda amizade, a ética política exige ser uma ÉTICA DO DIÁLOGO, marcada pelo respeito à fala do outro. No campo da política a fala do outro deve ser respeitada e acima de tudo incentivada. A dialética entre situação/oposição na verdade é imprescindível para ofertar a voz da prudência, do meio termo. Esta dialética só ocorre quando se ouve a voz do outro, quando o outro é reconhecido como legítimo participante do diálogo pois, em última instância, ele é também um membro da cidade.

Como toda amizade, entretanto, a política não pode agradar a todos, é preciso decidir, é preciso escolher. Ela também é uma ÉTICA DA DECISÃO. No trato com a política é preciso contrariar alguns interesses, pois nunca é possível contemplar todas as necessidades. É preciso firmeza nas decisões. Assim não é bom amigo aquele que se omite em decidir na esperança de a todos agradar. Longe disto, tal prática gera insegurança, já que a não decisão gera intransparência, e a intransparência não é uma qualidade da verdadeira amizade.

Enfim, já concluindo, a ética na política exige acima de tudo a amizade, amor à coisa pública.

Exige uma amizade que dialoga como os outros, que é transparente e altruísta, que revela a verdade de sua ação pondo os interesses do todo acima dos interesses do particular. Que é firme em suas decisões, que aponta os caminhos da correção, mas que constrói estes caminhos numa prática plena de prudência alcançada após um debate exaustivo em que o diálogo com o outro, a dialética situação/oposição não se mostra excludente, mas, antes, congregadora de todos os amigos que somos da cidade, pois só nela é que a vida pode ser boa. Como disse Aristóteles, isolado, o homem ou é animal ou é gênio, como nós não somos animais nem gênios, só nos resta vivermos em comum, só nos

resta construir nossa amizade nos espaços públicos da cidade, dialogando, tornando-nos mais experientes e prudentes, para que quando tomarmos as decisões difíceis o façamos em busca do bem comum.

Que o Brasil como um todo, e Minas Gerais em particular, possa, em outubro próximo, realizar o espetáculo das eleições como um marco da AMIZADE PÚBLICA que nos une como cidadãos a um só destino que é vivermos juntos na cidade e pela cidade.

4.5 COM A PALAVRA, O UNIVERSITÁRIO

4.3.1 A legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito à luz da doutrina de Rosemiro Pereira Leal

Paula Oliveira Mascarenhas Caçado

*Estudante de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Estagiária do Ministério Público*



O Artificio da Paz Social Pelas Decisões

Muitas são as teorias que surgem com o intuito de tentar compreender o direito democrático, contudo, muitas delas causam embaraço a esta compreensão. Neste viés, pode-se citar a teoria da “legitimação pelo procedimento” de Luhmann, para quem a norma jurídica é uma decisão fundada noutra decisão. A legitimidade da decisão estaria no procedimento para tomá-la. Na teoria luhmanniana, procedimento e processo se confundem.

Procedimento seria um sistema empírico de atos em que normas jurídicas são ativadas e misturadas a comportamentos sociais dos juizes, dos advogados, das partes e dos servidores. As decisões seriam tomadas de acordo com as habilidades pessoais do julgador e, também, de acordo com regras intrínsecas ao sistema social e em normas jurídicas para legitimar estas decisões. Para Luhmann as decisões são legítimas quando prolatadas com talento, quando reprimem rebeldias, previnem decepções ou desilusões entre os contendores ou interessados em direito.

Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, justiça e equidade para Luhmann destinavam a:

Enganar cada qual pela manipulação dos temperamentos, sendo que o nível de eficácia do engano era o que graduaria a legitimação do procedimento. (...) As instituições, como mecanismo de poder estratégico de perpetuação do engano coletivo, são centros e fatos decisórios de artificiosa sustentação pacífica dos ‘deficits’ de convicção e expectativas da sociedade capitalista e não de efetiva resolução ou remoção de conflitos nela emergentes (LEAL, 2002, p.86).

Essa junção de normas jurídicas das leis legisladas e das ditas leis advindas da sociedade é que induz a acreditar numa justiça, direito e equidade por emanções de leis naturais ou em relações sociais em que o direito positivo é mero subsídio do decididor que evita distúrbios na sociedade.

O procedimento seria utilizado como meio de camuflar o autoritarismo, sendo o modo através do qual se apazigua conflitos

sociais. Busca-se tomar decisões procedimentalmente não resistidas. “É uma justiça estratégica de perenização das estruturas dominantes”.(LEAL, 2002, p.88).

Não há que se buscar a verdade ou falsidade das questões em litígio neste procedimento e, sim, decisões que manteriam o sistema.

Poder de Decisão e Legitimidade Decisória

Para os romanos a autoridade era a instância de legitimidade do poder, uma vez que a autoridade representava a força da tradição dos príncipes e glória dos antepassados.

Na história do poder o binômio da dominação e legitimidade assume versões em que a dominação ora se legitima pelo carisma do líder, ora pela tradição da autoridade. Hoje, a legitimidade está na norma jurídica processualmente legislada e se critica o pseudo legalismo normativo que valida a mítica do poder exercido discricionariamente pelo decididor.

A relação saber e poder sempre esteve presente nas técnicas de dominação e Leal assim a descreve:

Os decididores arcaicos, auto-esquecidos de seu tempo, aprovados com louvor em concursos públicos, ou escolhidos por autoridades governamentais, são cultores, por isso mesmo, de uma prática humano-jurídica comprometida com um cientificismo reificante que supre, por metodologias realistas, segundo apreendem, a lacuna dita congênita das leis, cujas origens normativas estão sempre numa fonte de poder inesclarecido com a qual subliminarmente estão identificados (LEAL, 2002, p.91).

É justamente o descrito acima que coloca o decididor do lado oposto do direito democrático, uma vez que o tem como um observador imparcial de uma realidade que por ele deve ser corrigida para que fique ajustada a uma ética social e a uma moral tradicionalmente em vigor só estabilizáveis pela inteligência ágil do julgador.

A lei escrita cai ao patamar de algo que já fora pensado pelo decididor.

O processo ou o procedimento, desta forma, é o meio de realização do direito, e não há preocupação em atender os princípios jurídicos-institutivos do devido processo constitucional

do direito democrático. Deve haver, sim, economia, celeridade e garantia, que são garantidas pelo próprio decididor para promover justiça rápida e a pacificação dos conflitos na sociedade.

Contudo, oportuno salientar, que decisão justa só é aquela que se adequa às características e objetivos da teoria democrática processualmente fundacional da normatividade.

A Processualidade Legitimante das Decisões

Sob o prisma do Estado Democrático de Direito, a decisão é construída a partir da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teóricos-jurídicos do discurso democrático nela contidos.

O que confere qualidade de direito democrático à integralidade normativa do ordenamento jurídico é a participação processualizada dos sujeitos e das partes no processo, que criam normas e decisões a partir do paradigma do devido processo constitucional já legalmente implantado.

Haverá o exercício e aplicação de um direito democrático pelo devido processo constitucional, nas palavras de Leal, quando:

concebido em seus elementos dialógicos e institutivos de um *medium* lingüístico-jurídico pela co-extensão procedimental (devido processo legal) propiciadora de um espaço estruturante da linguagem jurídica de discussão dos direitos argüidos e preparatória de decisões cuja teorização construtiva é aberta a todos os participantes procedimentais habilitados ou a se habilitarem à movimentação da atividade jurídica (judicial, executiva e legislativa) por um *direito-de-ação* incondicionado (direito de petição) constitucionalmente garantido (LEAL, 2002, p.118).

No direito democrático a dogmática do discurso pela problematização processual abre a todos, pelo direito de ação, preparar decisões não apenas que impliquem acerto ou cumprimento de direitos, mas, também, destinadas a provocar extinção ou inclusão normativa no ordenamento jurídico através do devido processo legislativo, fundamentando, assim, a legitimidade de normas a serem produzidas ou recriadas no sistema jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito.

Para se falar em eficiência jurídica, no Estado Democrático de Direito, a normatividade e as decisões que dela decorrem têm que trazer em seus bojos a teoria discursiva do direito, pois o sistema jurídico só é democrático se for suscetível de recriação e fiscalização permanente pelo devido processo aberto a todos os integrantes da comunidade jurídica através de controles abstratos e difuso, amplos e irrestritos de constitucionalidade.

Desta forma, preservar um sistema jurídico acreditando que ele será infalível pela coerência recursiva de seus conteúdos normativos e amparado por uma admirável judicância supletiva de suas eventuais lacunas é o mesmo que negar sua condição de espaço político discursivo, ou seja, sua condição jurídico-espacial democrática, pois desta forma, apenas um juiz de características invulgares seria capaz de fazer os ajustes necessários aos direitos fundamentais numa realidade que lhe desagradasse.

Nas palavras de Leal,

é correntio falar em dogmática que ofereça pureza interpretativa pelo desligamento a valores morais ou a valores programáticos não esclarecidos na lei, desde de que admitam

inegabilidades de uma jurisprudência decisória uniformizada ao longo do tempo por argumentos limitados aos nichos de interesses de classes, indivíduos, corporações e parcelas de governo e da Administração Pública, sem qualquer comprometimento teórico com o direito democrático (LEAL, 2002, p.121).

A dogmática acima descrita, que decide pela ideologia cultural, nega o Estado Democrático, uma vez que não há o enfoque da processualidade e é justamente na processualidade que se tem a condição discursiva e jurídico-espacial de validade e eficácia das decisões.

Faz-se necessário salientar que no Estado Democrático de Direito a validade e eficácia das decisões prolatadas está no fato de terem sido construídas com a participação discursiva daqueles que sofrerão seus efeitos e na compatibilidade teórica com o modelo constitucional de Estado.

Não há Estado Democrático de Direito pela imediatividade de valores, metas, categorias ou silogismos, encerrados nos sistemas jurídicos que possam lhes dar suporte, mas pela observância a uma condição jurídico-espacial procedimentalmente processualizada como mediadora teórica de construção, garantia, recriação e aplicação do direito.

As decisões proferidas por um juiz pacificador, que se coloca acima das partes, que com seu senso jurídico invulgar é capaz de suprir as lacunas da lei e de legitimar as suas decisões pelo simples fato de ser uma autoridade devidamente habilitada para o cargo que ocupa, embora proferidas em nome de um Estado Democrático de Direito, não se vêm fundamentando na teoria do sistema jurídico-discursivo da democracia, não se prestando, portanto, a realizar os conteúdos legais instituintes desse tipo de Estado, pois seus prolores limitam-se a entender como decisão fundamentada aquela que se definisse em apreciar pressuposto e condições de procedimentos, a causa de pedir e o pedido, através de motivações jurídicas, éticas e morais do julgador, que atendam o querer da sociedade e extraídas de sua especial sensibilidade.

Ter a jurisprudência como ciência também colabora para dificultar a compreensão das novas perspectivas da produção e aplicação do direito. Não se pode “aceitar o direito como objeto reificado da ciência do Direito” (LEAL, 2002, p.123), pois seria o mesmo que aceitar uma ciência advinda do talento do decididor que através de sua própria realidade pessoal lida com o direito culturizado por uma jurisprudência de conceitos ou de valores.

O direito, assim concebido, restringe sua interpretação ao modo como se vem decidindo, e isso em nome de um pseudo Estado Democrático de Direito que perde seu espaço jurídico discursivo legitimador.

Ao se decidir do modo que se vem decidindo, tendo como base a jurisprudência, dá-se acesso à justiça, mas não acesso ao discurso e ao devido processo constitucional.

As decisões só serão constitucionalmente válidas e eficazes se preparadas de acordo com o devido processo legal. Se produzidas em âmbito de exclusivo juízo judicacional, não há como se garantir validade e eficácia pela falta da discursiva condição estatal do direito democrático.

A legitimidade da decisão só ocorre em fundamentos procedimentais processualizados, pois o processo é um direito garantia fundamental de eficiência autodeterminativa da comunidade jurídica que se fiscaliza, renova-se e se confirma através

dos princípios da isonomia, ampla defesa e contraditório.

Efetividade do Processo e Decisão

No direito democrático a efetividade do processo não se faz em juízos de sensibilidade, conveniência ou equidade do decisor. Compreende-se equivocadamente a efetividade do processo como algo apoiado em essência de valores colhidos num mundo político e social fora do processo. Põe-se erroneamente o processo “como instrumento de uma jurisdição judicial portadora e garantista de um sentimento de Constituição e Justiça” (LEAL, 2002, p.127).

Nesse pseudo Estado Democrático de Direito, que tem o juiz no ápice do saber, a justiça das decisões é encontrada através do decisor que exerce uma conduta de adequação das decisões às mudanças sociais só por ele perceptíveis.

A legitimidade da decisão para os instrumentalistas não decorre do devido processo, que é para eles um meio de produzir justiça, mas advém de valores que podem ou não ser adotados pelas decisões, uma vez que a legitimidade é fato social e não jurídico.

Na democracia dos instrumentalistas poderia eventualmente ocorrer decisões contrafactuais ao entendimento da condicionalidade constitucional democrática com o intuito de se adequarem ao fenômeno sociológico de escopos metajurídicos.

É mister esclarecer que nem todo Estado contemporâneo é constitucionalmente Estado Democrático de Direito, pois este se institucionaliza pelo devido processo constitucional.

Decisão Fundamentada e Estado Democrático

Para se identificar uma decisão como sendo democrática é necessário que ela seja prolatada dentro da estrutura do devido processo constitucional, como provimento de todos os sujeitos do processo e não de ato humano monocrático ou colegiado decorrente de um dos sujeitos do processo como função ou órgão protetor da estrutura procedimental processualizada que, a rigor democrático, dispensa qualquer forma volitiva de tutela ou cobertura judicial, porque é na estrutura processual, como espaço jurídico-pluralístico-discursivo, que se legitima toda a atividade estatal normativa no paradigma jurídico da democracia.

De acordo com Habermas, a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores, contudo, esse postulado só é acolhível num espaço jurídico processualizado, em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de um decisor protetor ou apenas provedor dos procedimentos democraticamente constitucionalizados, mas atos processualmente preparados na estrutura procedimental aberta às partes e aos sujeitos processuais, figurativos e operadores dessa instrumentalidade jurídico-discursiva na movimentação efetivadora, que corrige e recria os direitos constitucionalizados por uma comunidade que se propõe a se construir, a cada dia, em “sociedade jurídico-política democrática no Estado constitucionalizado” (LEAL, 2002, p.131).

Nas palavras de Leal, “A jurisdição constitucional compreendida como desempenho (performance) do ‘Poder Judiciário’ vinculado à eticidade substantiva de ‘guardião de valores’ conformador do ‘sentimen-

to constitucional da comunidade’ em nada caracteriza o Estado de direito democrático” (LEAL, 2002, p.132).

O acima descrito vai de encontro com o Estado de Direito Democrático uma vez que não há, nessa concepção, o princípio do discurso, que é trocado pela razão prescritiva de uma Assembléia de especialistas construtora de decisões por uma jurisprudência de valores calcados na tradição e na autoridade.

A partir da vigência da Constituição da República de 1988, ao positivar o paradigma do Estado de Direito Democrático em nome do povo brasileiro, o que realiza a integração social é a garantia do princípio discursivo num espaço jurídico processualizado estando presentes os direitos garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia, e não uma interpretação solipsista da Constituição por depositários dos valores comunitaristas desvinculados das estruturas procedimentais do devido processo constitucional.

Nas democracias é no devido processo que ocorrem as discussões de falibilidade e efetividade de todo o ordenamento jurídico. Desta forma, cabe às Cortes Constitucionais a observância de valores e conceitos que estejam juridicamente normatizados e abertos a uma fiscalização procedimental legitimada a todos pelo devido processo legal.

As decisões não podem se provenientes de juízos de conveniência ou equidade, ter escopos metajurídicos de uma justiça social que coincida com o senso de justiça de um julgador voltado para tradições e valores do Estado Liberal ou do Estado Social de Direito, pois mesmo as tutelas legais de urgência para remoção de ilicitudes ou inibição de danos só se validariam “sob a regência do *devido processo legal*, atuassem direitos já pré-julgados no discurso exposto da Constituição” (LEAL, 2002, p.136).

Não há que se falar, no Estado Democrático de Direito, do povo conferir maiores poderes ao judiciário com o objetivo de realizar justiça, vez que a democracia não tem como sustentáculo a “taumaturgia do reforço ao idealismo mítico” (LEAL, 2002, p.136), mas sim, o devido processo como forma isonômica de inserção imperativa do julgador como um dos elementos figurativos procedimentais, em conjunto com as partes, sempre no espaço jurídico discursivo procedimental, com o intuito de se ter uma decisão preparada pelas partes e sujeitos do processo apoiada nas garantias do contraditório, ampla defesa e isonomia.

A judicialidade não está nas mãos e na vontade de um pequeno grupo de decisores que supostamente detém o poder, pois se assim o fosse, este mesmo grupo decidiria o que é Estado Democrático de Direito e o estabilizaria por normas fundantes com vistas a uma paz e segurança sistêmica, “cujo acerto estaria no caráter duradouro que especialista ‘poderosos’ lhe pudessem conferir com seus argumentos estratégicos” (LEAL, 2002, p.137).

De acordo com Rosemiro Pereira Leal, o Estado de Direito Democrático a ser resgatado da modernidade para a pós-modernidade da sociedade pluralística é o lugar de uma instituição constitucionalizada e juridicamente delimitadora de um espaço discursivo de validade e eficácia decisória mantido pelo devido processo constitucional como referente lógico jurídico de fiscalização popular irrestrita e incessante de execução de direitos fundamentais positivamente pré-articulados e decididos pela comunidade jurídica.

Insta salientar que as instâncias judicial, legislativa e

executiva, não são por si produtoras de direito quando se tem em mente um Estado Democrático, pois o “Estado é co-instituído e incluso, como instância jurídico-espacial processualmente normatizada de condicionalidade dos direitos fundamentais, pela vontade popular (soberania) da comunidade” (LEAL, 2002, p.139). Desta forma, a produção, a atuação e a aplicação do direito na democracia só são válidas no espaço estatal discursivo do devido processo constitucional que confere legitimidade aos processos legislativo e legal.

Passagem interessante na obra de Leal é a que assevera:

Se não nos for possível, na atualidade, exercer a teoria constitucional democrática, para neutralizar as ideologias do liberalismo e do republicanismo, pela qual inteligências mitificadas de uma assembléia de especialistas (juizes) se apoderam da qualidade inalienável de guardiões ou depositários do *garantismo jurídico* da realização de JUSTIÇA E PAZ

social como controladores e dadores de direitos, certamente não nos restará outra alternativa a não ser o retorno funesto à tradição da sacralidade, que hoje tem roupagens linguísticas sofisticadas pelas designações de ética dos sistemas, acesso à justiça, senso de equidade, poder público, lógica dos mercados, forças sociais, tendências políticas, relações de produção que compõem uma pauta de valores e conceitos advindos da absolutização do saber tópico-retórico como técnica esleiva do espaço discursivo-procedimental de testificação e legitimação do ordenamento jurídico do Estado democrático de direito (LEAL, 2002, p.140).

Não há desmistificação do judiciário pela melhoria do nível técnico dos juizes e por juras de obediência à lei e à prática da justiça, mas por sua inclusão e submissão, como instância pública, ao espaço jurídico-processual de comprometimento institucional com o direito democrático que pressupõe a compreensão na teoria do discurso como base de validade da construção jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Tese de Mestrado **O Processo como Elemento Integrante do Conceito de Direito Democrático**. 2002.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania**. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina. Coimbra, 2003.
- CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**. Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GONÇALVES, Aroldo Plíneo. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Aide ed. 2001.
- LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. Tese de Doutorado. **Processo e Jurisdição no Estado Democrático de Direito: Reconstrução da Jurisdição a Partir do Direito Processual Democrático**. 2005 – PUC Minas.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é povo? A Questão Fundamental de Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandato de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

4.6 MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE

4.4.1 A eficácia das decisões

Flávio Reis Mello

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, com atuação perante a 13ª Promotoria de Justiça - Juízo de Tóxicos - Capital Especialista em Direito Público



Flávio Reis Mello

Em nosso país, desde os tempos em que ainda era colônia portuguesa, admitiam-se desmandos, crimes, corrupções, enfim, injustiças de toda ordem. Com o avançar dos tempos, após a conquista da independência, a Nação estruturou-se enquanto Estado de Direito, onde vigorava o império da lei, entendida como garantia da igualdade, ainda que do ponto de vista formal.

Atualmente, passados vinte

anos da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Carta cidadã”, já se percebe grande evolução em benefício dos direitos de classes anteriormente esquecidas, como os idosos, as crianças e os adolescentes, portadores de necessidades especiais, havendo também crescente preocupação com assuntos até pouco tempo quase que objeto de especulação apenas da comunidade científica, como aquecimento global, pesquisas genéticas e plantas geneticamente superiores, levando alguns a acreditar que os novos tempos são de efetivo progresso.

A questão que pretendo discutir refere-se à dificuldade que existe em espelhar o anseio da maioria mesmo diante da intensa produção legislativa – medidas provisórias, decretos, portarias, leis complementares e ordinárias – e que a aplicação

desse imenso emaranhado de regras, não gera benefícios imediatos à população.

Sem querer aprofundar no assunto, certo é que, diante da pluralidade de idéias, no modelo representativo, seria impossível que os representantes do povo pudessem produzir regras que resolvessem de imediato os problemas da sociedade, ou que tais soluções conseguissem agradar ampla maioria.

Nessa linha de visão, vem o Poder Judiciário suprindo omissões legislativas e assumindo, realmente, um papel no direcionamento de políticas públicas, muito provavelmente em razão da apatia ou falta de credibilidade de alguns políticos.

Entretanto, a par dos avanços, muitas controvérsias têm surgido com esse novo papel do judiciário. Reformas vêm sendo feitas, buscando agilidade, eficiência e precisão nos julgamentos. A realidade demonstra que apesar da enorme carga de trabalho e compromisso das pessoas envolvidas com a justiça, o problema da impunidade e a falta de confiança na aplicação da justiça tende a se agravar.

Um bom exemplo é a determinação do art. 210, Parágrafo Único do CPP, alterado pela Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, para que haja separação das testemunhas de acusação e da defesa, entretanto, é fato conhecido, por qualquer operador de direito, que diante da precariedade da estrutura dos fóruns no Brasil, seria quase impossível evitar o contato entre os presentes às audiências, mesmo nas capitais, sendo a situação mais grave nos fóruns das pequenas comarcas, em processos criminais com várias testemunhas onde o Juiz não terá, em regra, condições de

atender a tal determinação.

Há também um problema com a recente decisão vinculante do STF que restringiu o uso de algemas a casos de necessidade, com risco à integridade das pessoas envolvidas. Leia-se, vítimas, testemunhas, juízes, promotores de justiça e advogados.

Assim, questiona-se se a pessoa que por sua condição não representa risco a outrem, por qual razão estaria privada de seu direito de ir e vir?

Ora, a quem caberá avaliar o fundado receio de fuga?

Será possível imaginar que alguém perseguido, ou preso em flagrante pela polícia, irá naturalmente submeter-se aos comandos de servidores públicos, comparecendo espontaneamente a uma Delegacia de Polícia ou a uma audiência no fórum?

De quem será a responsabilidade se durante uma escolta para a audiência a dois detentos, os quais até aquele momento mostravam-se de bom comportamento, porém que sejam membros de quadrilhas rivais e, fortuitamente, encontrarem-se nos corredores forenses e, sem as algemas, lutarem até a morte?

Assim, o que se propõe é que as decisões dos Poderes Legislativo e Judiciário, a par de serem fruto de trabalho técnico, procurem representar o anseio de maior número de pessoas da sociedade, não de uma classe “A” ou “B”, contribuindo para o efetivo direito à segurança pública, evitando-se que a atual Constituição Federal, em seu cerne, possa ser motivo de controvérsias infundadas, ou mesmo que pessoas com interesses escusos encontrem amparo no que se chamou de “constitucionalização da vida”.

4.5 COMENTÁRIO A LEI OU JURISPRUDÊNCIA

4.5.1 A insubsistência do art. 366 do CPP diante da Lei 11.719/2008

Spencer dos Santos Ferreira Junior

Promotor de Justiça em Minas Gerais

1 - INTRODUÇÃO

Recentemente, a resistente legislação processual penal brasileira, vigente desde os idos da ditadura (03 de outubro de 1941), quando ainda era concebível autorizar ao chefe do Poder Executivo decretar lei¹, foi objeto de reforma.

A tônica principal das alterações foi impingir à legislação tessitura constitucional, harmonizando-a com as diretrizes da Magna Carta, sobretudo com as vertentes do devido processo legal, cujas principais perspectivas são a da ampla defesa e a do contraditório.

Obviamente, tratando-se o direito de ciência eminentemente subjetiva, todo reclame de imunidade à crítica no que tange à pretendida reforma ressaí indesejado. Aliás, é exatamente no campo caloroso da dogmática que se extrai as melhores exegeses, aperfeiçoam-se as interpretações, tudo calibrado a partir da imprescindível análise crítica.

Nesse desprezioso trabalho, apenas desejamos estimular diminuta discussão que inexoravelmente emergirá da leitura acurada do que até agora ficou consolidado no Código de Processo Penal: a ab-rogação implícita do seu art. 366, com alteração levada a efeito pela Lei n.º 9.271/1996.

¹ Art. 12 – o presidente da república pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

2 - DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANTES DA REFORMA

Assim dispõe o mencionado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Pretendia-se com a previsão de suspensão do processo e do prazo prescricional oferecer ao acusado e à sociedade tratamento igualitário. “*O acusado tem certeza de que, não tendo tomado conhecimento de uma acusação contra si, não haverá o curso do processo com eventual condenação sem a sua presença para poder se defender. Ao mesmo tempo, a sociedade sabe que, enquanto o processo estiver suspenso (medida vantajosa ao réu), o curso do prazo prescricional também estará, impossibilitando, assim, a impunidade com a prescrição da pretensão punitiva estatal (medida de proteção à sociedade)*”²

Cotejando o mencionado artigo com sua matriz legal anterior, verifica-se que a *mens legis* daquele não fora outra senão redimensionar “*o princípio da ampla defesa, de pouquíssima valia (quando de nenhuma) nos processos de réus citados por edital. Na sua maioria, a defesa dativa exercida em tais processos quase nunca passou do simples comparecimento aos atos instrutórios, sem uma contribuição efetiva à causa defensiva.*”³

Ocorre, todavia, que, diante da superveniência da novel legislação reformadora, o art. 366 subsiste apenas como letra morta, vagando moribundo dentro do sistema do CPP.

É que a menção que se fazia ao comparecimento do acusado, citado por edital, focalizava o seu interrogatório. Nesses casos, não comparecendo o imputado no momento desse ato processual, suspendia-se o processo e o prazo prescricional, assegurando-se apenas a produção antecipada daquelas provas reputadas urgentes.

A lógica que respaldava essa previsão rolou como se em ladeira abaixo. O acusado já não mais é citado para conhecimento das imputações e da data designada para o seu interrogatório. Hodiernamente, essa importante oportunidade de auto-defesa foi transplantada para a audiência de instrução e julgamento, sendo o denunciado citado apenas para apresentar sua defesa prévia (art. 396, *caput*, do CPP).

3 - DA NOVA SISTEMÁTICA IMPLEMENTADA PELA REFORMA

A sistemática vigente no atual contexto processual penal é outra: oferecimento da denúncia ou queixa, decisão de recebimento, citação, defesa prévia, possibilidade de absolvição sumária e AIJ. O interrogatório, que no passado era realizado antes da defesa prévia, agora foi içado para a audiência de instrução e julgamento, sendo o último ato a ser realizado antes dos debates

orais pelas partes.

Sendo assim, não há mais falar-se em não comparecimento do acusado citado por edital, pelo simples fato de que ele não mais comparecerá, mas apenas apresentará sua defesa prévia, ou melhor, como prefere o legislador, responder à acusação.

Mas o projeto que culminou na Lei n.º 11.719/2008, a despeito das inúmeras críticas de que vem sendo alvo, previa solução para tanto, dispondo o art. 363, em seu §2º, inciso I, que o não comparecimento do acusado ensejaria a suspensão do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação. Em outras palavras, a ausência de defesa prévia determinaria a suspensão do prazo prescricional.

Contudo, sua Excelência, o Presidente da República, acolhendo parecer do Ministério da Justiça, vetou o aludido parágrafo, justificando que, *in verbis*⁴:

“A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório (...)”.

Lamentavelmente, equivocou-se. A imprescindível leitura sistemática da reforma foi olvidada.

Diz-se isso porque, conforme dispõe o art. 396, parágrafo único, do CPP, também alterado pela Lei n.º 11.719/2008, no “*caso de citação por edital, o prazo para a defesa começa a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído*”, inviabilizando-se, por óbvio, seja-lhe nomeado defensor dativo.

Na verdade, pretendia-se, com a costumeira falta de lógica legislativa, congregando dois dispositivos legais (art. 363, § 2º, I, e art. 396, parágrafo único, ambos do CPP) dispostos desconexamente, em substituição ao art. 366 do CPP, que não mais soaria harmonioso com a nova sistemática instituída.

Agora, no atual passo do processo penal, subsiste apenas o art. 396, parágrafo único, do CPP, já que o art. 363, §2º, inciso I, foi vetado e o art. 366, *caput*, perdeu sua *ratio essendi* – o comparecimento para o interrogatório como o primeiro ato do processo após a citação.

Noutras palavras, o denunciado ou querelado que, citado por edital, não apresentar defesa prévia⁵ – comparecendo ou constituindo advogado - terá seu processo suspenso, prosseguindo, todavia, o prazo prescricional, já que equivocadamente vetada a previsão da sua suspensão em casos tais.

² RANGEL, Paulo – Direito Processual Penal – página 594, Lumen Juris, 6ª edição, 2002.

³ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli - Curso de Processo Penal – página 488, Lumen Juris, 10ª edição, 2008.

⁴ Razões de veto, mensagem n.º 421, de 20 de junho de 2008, encaminhada ao Presidente do Senado Federal.

⁵ Fixe-se: hoje não se cita para interrogar, mas para apresentar defesa prévia.

Ex: Aquele Fulano, denunciado por ter matado Ciclano, que fugiu para não ser responsabilizado, será citado por edital (afastada a hipótese do art. 362, *caput*, também alterado pela Lei n.º 11.719/2008), mas, como não apresentará defesa prévia, seu processo ficará suspenso, por força do art. 396, parágrafo único, do CPP, enquanto que o prazo prescricional continuará seu curso, até que, seu crime prescreverá, ele retornará, matará novamente e fugirá...

Interessante porque, no passado, existiam, pelo menos, duas exegeses muito bem definidas sobre o art. 366, *caput*, do CPP, no que tange ao lapso temporal máximo em que o processo poderia ficar suspenso. A primeira, sufragada no Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o processo ficaria suspenso pelo prazo da prescrição da pena em abstrato⁶. A segunda, oriunda do Supremo Tribunal Federal, para a qual o processo poderia ficar suspenso indefinidamente, sem que isso importasse em tornar o crime imprescritível⁷.

4 – DO ASPECTO INTERTEMPORAL DA REFORMA

Pois bem, além dessa controvérsia sucumbir, exsurge inelutável a necessidade em se retroagir os efeitos do que ficou assentado. E por uma razão simples: tratando-se a prescrição de questão afeta ao direito penal, de repercussão no *status libertatis*, em se tratando de lei *in melius*, impõe-se sua retroação, à luz do que dispõem o art. 3º do Código Penal e art. 5º, XL, da Constituição Federal, *a contrario sensu*.

Aliás, logo quando o art. 366, *caput*, do CPP foi alterado pela Lei n.º 9.271/1996, intenso debate doutrinário e jurisprudencial foi travado acerca do seu aspecto intertemporal, logrando-se exitosa a linha de entendimento que preconizava a sua incidência

aos fatos posteriores à sua vigência.

Nesse sentido era a posição tranqüila do STF, *in verbis*⁸:

“O art. 366, com redação dada pela Lei 9.271/96, é uma disposição complexa, ou de natureza mista, porque traz norma de natureza processual, a suspensão do processo, que seria, em princípio, de aplicação imediata, e também norma de direito material, e a suspensão da prescrição, que só pode ser aplicada aos atos praticados após a sua vigência, formando, assim, um todo indecomponível, sendo impossível criar um terceiro sistema, em que se suspende o processo sem se suspender o prazo prescricional”.

É inegável, diante do que antes se assentara, que, na medida em que se afastou a possibilidade de se suspender o curso do prazo prescricional, por tudo que acima se disse, imperiosa será a retroatividade da lei.

5 – CONCLUSÃO

Salvo melhor juízo, com a entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, o *caput* do art. 366 do CPP perdeu sua razão de ser: a uma, porque o acusado não é mais citado para o interrogatório; a duas, porque a previsão de suspensão do processo nos casos em que o citado por edital não apresenta defesa prévia, hoje, encontra-se inserta no art. 396, parágrafo único, do CPP; a três, porque a previsão de suspensão do prazo prescricional nos casos de citação por edital foi vetada pelo Presidente da República.

Esperamos que, com esse singelo trabalho, descomprometido em apresentar verdade absoluta, tenhamos contribuído para ampliar novos debates sobre o assunto, evocando a comunidade jurídica à reflexão sobre um, dos muitos, aspectos trazidos pela reforma.

⁶ HC 24.986/RJ, julgado em 09.02.2006; HC 39.125/SP, julgado em 17.05.2005.

⁷ RE 460971 / RS, Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma.

⁸ RT 762/493

4.6 DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.6.1 Aspectos jurídicos e contexto atual do *software* livre na Administração Pública brasileira



Riany Alves de Freitas

Riany Alves de Freitas¹

Analista do Ministério Público de Minas Gerais

Pós-Graduada em Gestão Estratégica da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais

Graduada em Tecnologia em Processamento de dados pela Fundação Mineira de Educação e Cultura

Acadêmica em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O futuro chegou; não há mais como ignorá-lo.

Túlio Lima Vianna.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O que é *software* livre. 3. Aspectos Jurídicos. 3.1. Licenciamento 3.2 Princípios constitucionais e o *software* livre. 4. Contexto atual do *software* livre na administração pública brasileira. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Vivemos em constantes mudanças, principalmente no que se refere a aspectos tecnológicos. Estas mudanças provocam diversos tipos de reação na sociedade, como a dependência tecnológica, pirataria e o *software* livre, que acabam por ser instrumentos de adequação a essa nova realidade. Neste contexto, cabe aos elaboradores e aplicadores do direito a reciclagem, o estudo da interdisciplinariedade, a juscibernética.

A mente humana é muito dinâmica. Não é possível antever juridicamente a evolução dos recursos tecnológicos e de novas formas de vida. Também não podemos ignorá-la. Hoje em dia, percebe-se a grande dependência dos usuários aos recursos tecnológicos. A licença de *software* livre surgiu, então, como forma de adaptação à nova realidade, às necessidades de se ter produtos de qualidade, a um preço baixo ou nulo.

Além do alto investimento despendido na aquisição de *softwares* proprietários, há que se ressaltar que tais *softwares* não propiciam liberdades às pessoas que os adquirem, tampouco permitem que a comunidade trabalhe em prol de seus melhoramentos. Percebe-se que o baixo custo não é o único benefício na utilização de *software* livre.

Este trabalho explica, de forma sucinta, o que é *software* livre, como é o seu contrato de licenciamento, fala um pouco dos princípios constitucionais atinentes ao *software* livre e mostra o contexto atual do *software* livre no Brasil.

2. O que é *software* livre

Software Livre é todo programa de computador disponibilizado a uma comunidade de pessoas, estabelecido sob quatro liberdades fundamentais incluídas em seus termos de licenciamento, que são elas:

1. Liberdade de executar o programa para qualquer propósito;

2. A liberdade de estudar como o programa funciona, e de adaptá-lo às suas necessidades. O acesso ao código-fonte é uma condição prévia para essa liberalidade;

3. A liberdade de redistribuir cópias, de modo que você possa auxiliar outras pessoas;

4. A liberdade de aperfeiçoar o programa e distribuir esses aperfeiçoamentos para o público, de modo a beneficiar toda a comunidade. O acesso ao código-fonte é também uma condição prévia para o exercício dessa liberalidade.

A filosofia do *software* livre, na sua forma de produção, resgata o que há de melhor na humanidade: conhecimento produzido e apropriado coletivamente. Esse resgate libertário combinado com uma tecnologia de ponta é revolucionário, é explosivo e potencialmente criador. (SILVEIRA, 2003, p. 263)

3. Aspectos jurídicos

Os aspectos jurídicos aqui considerados relevantes em relação à utilização do *software* livre são os termos de licenciamento pertinentes a este tipo de *software* e os princípios constitucionais englobados no contexto do *software* livre.

3.1. Licenciamento

Na maioria das vezes, o *software* está aliado a um contrato denominado “licença”. A licença de um *software* é o que estabelece os direitos e deveres a serem obedecidos pelos usuários.

Importante mencionar que *software* livre, *software* gratuito e *software* de código aberto são conceitos distintos. *Software* livre é todo *software* que permite executar as liberdades mencionadas no item anterior. *Software* gratuito é todo *software* não oneroso a quem o utiliza, mas não necessariamente é livre, pois

¹ Agradecimento especial a meu filho Jean Carlos e a meu marido Ivan por toda compreensão e carinho.

pode não permitir as liberalidades enumeradas no item anterior. Da mesma forma, software de código aberto pode não ter todas as liberalidades em seu termos de licenciamento, apenas a liberação do código-fonte, sem a permissão para sua distribuição.

A lei do software não distingue software livre de software proprietário. Desta forma, o que difere um software livre de um software proprietário é apenas o conteúdo dos termos do contrato de licença de cada um. Se houver em seu licenciamento as quatro liberalidades demonstradas no item anterior, é considerado livre pela *Free Software Foundation*. (*Fundação do Software Livre*)². Tal licença denomina-se *GPL* (*General Public Licence*).

Como a lei permite a formalização de contratos atípicos, não há impossibilidade jurídica nem proibição relacionada a este tipo de licenciamento, desde que não haja atentado contra a ordem pública, e que a função social e a boa-fé estejam presentes.

Há de ficar claro que tal modelo de licença não nega direitos autorais, nem transforma o software assim lançado em bem de domínio público, mas apenas estabelece regras detalhadas para cópia, distribuição e modificação, permanecendo o uso sem qualquer restrição. (NOGUEIRA, 2004, p. 239).

Mediante todas as vantagens que o software livre oferece, entre elas, custo social baixo, não-dependência da tecnologia proprietária, independência de fornecedor único, pequeno desembolso inicial, maior segurança, possibilidade de adaptar aplicativos, fruição do saber e propagação do conhecimento, a aceitação da cláusula de não indenizar é uma contrapartida.

Outras formas de licenciamento livre podem ser verificadas no mercado, como a *LGPL* (*GNU Lesser Public Licence*), *Debian*, *Open Source*, *BSD* (*Berkeley Software Distribution*), *X.org*, *MPL* (*Mozilla Public Licence*).

3.2 Princípios constitucionais e o software livre

Considerando a Emenda constitucional número 19/98 que insere o princípio da eficiência na administração pública, e que por eficiência se entende “virtude de produzir um efeito desejado ou um bom resultado”; é de se reconhecer que a utilização de software livre pelas instituições públicas, como bem demonstra Féres (2004) “delineia um Estado enxuto, ágil e dinâmico, próximo das texturas econômicas do próprio setor privado”.

O princípio da isonomia não é infringido com a aquisição de software livre, ou seja, a preferência na adoção de programas abertos pela Administração Pública não restringe as possibilidades de concorrência nas licitações, a um único produto ou a um fornecedor singular. Basta que todo e qualquer *software* seja negociado sob a forma livre. Desta forma, inclusive os fornecedores de softwares proprietários podem participar, desde que forneçam o código-fonte dos programas.

Além da economicidade e eficiência, a utilização de *softwares* livres é a concretização do princípio democrático e da cidadania. A disponibilização, permissão de alteração e distribuição do código fonte demonstram a devida transparência necessária que deve permear todos os entes da Administração Pública.

Falcão, Joaquim et al (2005) enumera quatro princípios constitucionais pertinentes à utilização de software livre, são eles

o princípio democrático, o princípio da publicidade, o princípio da função social da propriedade e o princípio da soberania.

O princípio democrático engloba não só a democracia política, mas também a social, econômica e tecnológica.

A Constituição de 1988 já estendeu o voto até o limite com o sufrágio universal. Agora, deve-se ampliar a participação para outros espaços decisórios e criar condições para uma participação republicana qualificada, em especial através das garantias da publicidade e educação para a cidadania. (FALCÃO, 2005, p. 16).

Assim, o princípio democrático é favorecido pela utilização de *software* livre, uma vez que um maior número de cidadãos participam do conhecimento e disseminação dos programas, que tal participação se dá em condições igualitárias e que o *software* livre propicia maior esclarecimento, aprendizagem, informação e colaboração entre os cidadãos.

Na medida em que a administração pública trabalha com programas de código-fonte aberto e que abre ao público o código dos programas que utiliza, contribui mais para a implantação do estado democrático de direito, porque amplia a participação dos cidadãos nas tomadas de decisões e torna efetivo o princípio da publicidade.

O que se procura conquistar na democracia com o princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos é um efetivo controle social da administração pública por parte dos detentores últimos do poder – o cidadão – e evitar que o necessário saber técnico característico da administração pública se esconda debaixo da regra do segredo. (FALCÃO, 2005, p. 18).

Pelo princípio da função social da propriedade, esta é perfeitamente aplicada ao *software* livre, uma vez que a função social não se restringe apenas a bens imóveis. A utilização de *software* livre pela administração pública busca o interesse geral e o benefício de todos. Está, pois, em sintonia com o artigo 3º de nossa constituição, que visa à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à garantia do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza, e à promoção do bem de todos, sem preconceito.

Pelo princípio da soberania, enfatizamos que não se trata apenas de soberania política. O artigo 170 da Constituição da República estabelece que a ordem econômica deve estar de acordo com a soberania nacional. Por isso, faz-se necessário pensar na autonomia tecnológica, na auto-governabilidade e na auto-administração. Difícil pensar nestes princípios com a utilização de softwares proprietários.

4. Contexto atual do software livre no Brasil

De acordo com Vianna (2007), a priorização do *software* livre pela administração pública federal brasileira se deu a partir do decreto presidencial de 29 de outubro de 2003 que instituiu os comitês técnicos do Comitê Executivo do Governo Eletrônico. A partir disso, poder-se ia demonstrar aqui uma ampla lista de instituições públicas que passaram a utilizar *softwares* livres. Em especial o Ministério Público de Minas Gerais, que se encontra em fase de migração de alguns *softwares* proprietários para

² Vide site da Internet: www.fsf.org

softwares livres.

O que há de mais importante a ser aqui considerado é a tramitação do projeto de lei nº 2.269, de 1999, do Sr. Deputado Walter Pinheiro, que dispõe sobre a utilização de programas abertos pelos entes de direito público e de direito privado sob controle acionário da administração pública. Pode-se perceber que este assunto não é novo. Desde 1999 o projeto tramita na câmara dos deputados. Mesmo estando em tramitação, as instituições já tomam suas iniciativas, dando prioridade ao *software* livre.

5. Considerações finais

Software livre é sinônimo de liberdade e evolução. Diante das constantes mudanças de paradigmas, não se pode estagnar.

6. Referências bibliográficas

- FALCÃO, Joaquim *et al.* Estudo Sobre o Software Livre Comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro. Também o resumo executivo: Diretrizes Gerais para a Implementação de Software Livre. 2005.
- FÉRES, Marcelo Andrade. A adoção de softwares livres pelas diversas esferas da administração pública. Alguns aspectos jurídicos de um ambiente de disputas econômicas. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7533>. Acesso em 20 Jun 2008.
- Free Software Foundation. Disponível em: <http://www.fsf.org/> Acesso em: 28 Abr/2008.
- Dicionário Priberam – Eficiência. Disponível em: http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx. Acesso em: 20 Jun 2008.
- NOGUEIRA, Silmara Bega. Software Livre – Aspectos jurídicos, econômicos e sociais. Revista do Instituto dos advogados de São Paulo. Jul/Dez/04. v. 7. nº 14. p 229-256.
- SILVEIRA, Sérgio Amadeu. *et. al.* Software Livre e inclusão digital. Organizadores: Sérgio Amadeu da Silveira e João Cassino. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003.
- Software Livre. Wikipedia. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Software_livre. Acesso em 14 Dez/2007.
- VIANNA, Túlio. Cibernética Penal. Diritto & Diritti. Jun 2002. Disponível em: <http://www.diritto.it/materiali/informatica/vianna.html>. Acesso em: 24 jun 2008.
- VIANNA, Túlio. Por uma nova política de direitos autorais para a América Latina: o software livre como instrumento de efetivação do direito econômico ao desenvolvimento tecnológico. Revista de Derecho Informático. Fev/2007. Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=8769>. Acesso em: 23 Jun 2008.

Deve-se adaptar as formas de vida ao contexto atual de altos níveis de exigência tecnológica a um preço baixo ou nulo. Até o Bill Gates há de reconhecer que a qualidade do *software* livre supera as expectativas, é robusto, seguro e permite a participação plena de seus usuários em todos os processos de aquisição, utilização e distribuição.

Considerar os princípios constitucionais da República Federativa do Brasil é de extrema importância, de modo que nos remete sempre aos objetivos de desenvolvimento econômico, social e tecnológico, infinitamente seguido pelos brasileiros. A administração pública tem papel essencial na luta para alcançar tais objetivos, e não pode se desvincular destes princípios.

4.6.2.1 TROTSKI, Leon. **Literatura e Revolução.** São Paulo: Jorge Zahar, 2007. 256 p.

Leon Trotski escreveu *Literatura e Revolução* nos verões de 1922 e 1923, depois de um período de guerra civil intensa e permanente na Rússia para sedimentar o poder dos socialistas. Nessa obra, embora concentrado na produção literária de seu país, Trotski estende seu olhar crítico sobre as manifestações artísticas dominantes na Europa de seu tempo.

A análise da relação entre arte e política aqui já revela

as divergências de Trotski com referência aos rumos que o Estado iria seguir na União Soviética – ao recusar a idéia de que o Partido Comunista deveria orientar formas e conteúdos da expressão artística.

Não se trata de mais uma obra que fala da revolução socialista, mas sim da literatura e da arte do período. O leitor irá apreciar um pouco da arte moderna através da lente trotskista.