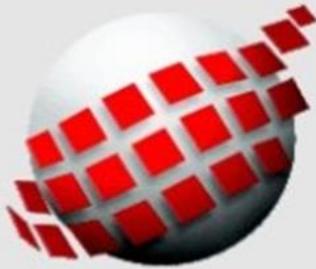


TESES APROVADAS NA PLENÁRIA



IX CONGRESSO ESTADUAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

Anais

○ **Ministério Público**
e os desafios
do novo processo

26 a 29 de maio de 2010
Hotel Mercure
Belo Horizonte

SUMÁRIO

1 - OS DIREITOS COLETIVOS COMO PRODUTOS CULTURAIS - UMA HOMENAGEM AO PROFESSOR JOAQUÍN HERRERA FLORES

Antonio Joaquim Fernandes Neto **4**

2 - PACTO FEDERATIVO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: QUEM PAGA O PATO?

Antonio Joaquim Fernandes Neto **16**

3 - A IMPOSSIBILIDADE, INVIABILIDADE E DESACONSELHABILIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL E DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

Calixto Oliveira Souza **24**

4 - DEFESA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: POR UM MINISTÉRIO PÚBLICO PROMOCIONAL E PRÓ-ATIVO

Cláudia de Oliveira Ignes **39**

5 - VALIDADE DO ART. 2º, § 2º, DA LEI 9.613/1998 (LEI DE “LAVAGEM DE DINHEIRO”)

Denílson Feitosa Pacheco **48**

6 - DO DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FISCALIZAR AS PORTARIAS QUE LIMITAM O ACESSO DO JURISDICIONADO AOS FÓRUNS

Enéias Xavier Gomes **54**

7 - ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA, “DEVOLUÇÃO” IMOTIVADA EM PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇA E DE ADOLESCENTE E REPARAÇÃO POR DANO MORAL E/OU MATERIAL

Epaminondas da Costa **66**

8 - A PRÁTICA DA “AUTONOMIA” PELO CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CMDCA E A GESTÃO DO FUNDO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Epaminondas da Costa **76**

9 - O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (INSERIDO PELA LEI N.º 11.232/2005) E AS OBRIGAÇÕES ALIMENTARES

Erika de Fátima Matozinhos Ribeiro Lisboa **84**

10 - O DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE IMPEDIR O RETROCESSO SOCIAL COMO FORMA DE PROTEGER A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fabrcício José da Fonseca Pinto, Fabrcício Marques Ferragini **90**

11 - A CONTRARIEDADE À LEGISLAÇÃO E À CONSTITUIÇÃO FEDERAIS DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE EXIGEM PROVA DE DESONESTIDADE, IMORALIDADE OU DE MÁ-FÉ PARA CARACTERIZAÇÃO DE TODO E QUALQUER ATO DE IMPROBIDADE

Felipe Gustavo Gonçalves Caires **113**

12 - DO ALCANCE DA LEI 11.340/06 NO QUE SE REFERE A QUEM PODE SER BENEFICIADO PELA LEI MARIA DA PENHA

Lais Maria Costa da Silveira **123**

13 - A INAPLICABILIDADE DA SUSPENSÃO PROCESSUAL NOS DELITOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Laís Maria Costa Silveira **131**

14 - HIPOSSUFICIÊNCIA DO AUTOR E PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE

Luciano Moreira de Oliveira **140**

15 - MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE DESAPROPRIAÇÃO IMOBILIÁRIA

Marcelo de Oliveira Milagres **153**

16 - O PRAZO PRESCRICIONAL DAS AÇÕES COLETIVAS: POUPADORES E PLANOS ECONÔMICOS

Marcos Tofani Baer Bahia, Amauri Artimos da Matta **157**

17 - A REFERÊNCIA EXPRESSA AO AUTOPRECEDENTE COMO INSTRUMENTO DE COERÊNCIA, EQUIDADE, TRANSPARÊNCIA E RACIONALIZAÇÃO NAS MANIFESTAÇÕES DO *PARQUET*

Paulo Calmon Nogueira da Gama **166**

18 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos **175**

19 - DANO MORAL COLETIVO DA

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos **182**

20 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A INDISPONIBILIDADE DE BENS E A DESNECESSIDADE DA PROVA DE DILAPIDAÇÃO

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos **188**

21 - A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO PARA A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E O EQUÍVOCO DO FRACIONAMENTO DA COMPETÊNCIA

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos **195**

22 - AS PREFEITURAS PRIVADAS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO FECHAMENTO DE RUAS E DE PRAÇAS

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos **210**

23 - DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos **219**

24 - PROTESTO POR NOVO JÚRI E DIREITO INTERTEMPORAL

Regina Rodrigues Costa Belgo **223**

Os direitos culturais como produtos culturais:

Uma homenagem ao Professor Joaquín Herrera Flores

Antônio Joaquim Fernandes Neto

Todo produto cultural surge numa determinada realidade, ou seja, num específico e histórico marco de relações sociais, psíquicas e naturais. Não há produtos culturais à margem do sistema de relações que constitui suas condições de existência. Não há produtos culturais em si próprios. Todos surgem como respostas simbólicas a determinados contextos de relações. Dito isso, os produtos culturais não só estão determinados por tal contexto, mas, por sua vez, condicionam a realidade na qual se inserem. Esse é o circuito de reação cultural. (Herrera Flores, 2009)

Como reduzir as desigualdades sociais e regionais? Como garantir saúde, para todos, com dignidade? Como superar os preconceitos e abolir a discriminação de origem, raça, sexo, cor, idade etc.?

Que tal, “fazer coincidir a teoria e a prática?”¹. Com aqueles desafios, e esse propósito, avaliamos a atuação do Ministério Público brasileiro e seus resultados, fazendo-o a partir das lições do Professor Joaquín Herrera Flores e alguns dos elementos de sua teoria crítica dos direitos humanos. O desafio de construir uma sociedade livre, justa e solidária, inspirado pelo rol de direitos fundamentais – individuais e sociais – definido em 1988 pela Constituição da República, é o contexto desse questionamento. Um dos elementos mais importantes do pensamento do mestre sevilhano é a visão dos direitos como produtos culturais e a busca de harmonia entre a *mathêsis* (o conhecimento teórico e abstrato) e a *askesis* (o treinamento prático para a vida), ou seja, manter a conexão entre o que dizemos e o que fazemos. “Uma prática sem teoria corre o risco de não levar a sério as conseqüências de suas ações”, diz Joaquín. E completa: “uma teoria sem prática oculta as causas materiais que a construíram”²

O objetivo destas linhas é oferecer materiais para que o Ministério Público brasileiro possa continuar atuando na promoção dos objetivos fundamentais da República

¹ HERRERA FLORES, 2009b, p. 213.

² HERRERA FLORES, 2007, p. 57.

de modo a colocar em prática os direitos fundamentais, individuais e coletivos, que foram definidos em resposta a fenômenos como a escravidão, genocídios, destruição de rios e florestas, cometidos nos séculos XIX e XX, e cujos efeitos ainda sofremos. Trata-se também de uma homenagem ao ex-diretor do programa de Doutorado em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento, da Universidade Pablo de Olavide, falecido recentemente (02.10.2009) em Sevilha, na Espanha.

Joaquín Herrera Flores apaixonou-se pelo Ministério Público brasileiro e recebeu muitos de seus membros em seu curso de Doutorado. Mostrar a importância de sua teoria para a prática dos direitos humanos a partir da atuação do Ministério Público é uma forma de homenageá-lo, com a expectativa de que a melhor percepção dos circuitos de reação cultural permita que as intervenções sejam cada vez melhores, aptas à emancipar e a promover a dignidade humana.

Como breve introdução ao pensamento de Herrera Flores, acrescido de ilustrações extraídas da atuação do Ministério Público em defesa do patrimônio público, do meio ambiente, da saúde e de outros bens indisponíveis, nosso plano é cuidar de três elementos: (1) a idéia de processos culturais; (2) a categoria “signos culturais”; e (3) o circuito de reação cultural.³ E mostrar como, por meio deles, fazer coincidir teoria e prática de modo que o resultado de nossas ações tenha sempre a dignidade humana como critério de valor.

Os processos culturais

Para o jusfilosofo sevilhano, herdeiro de tradições críticas da escola de Budapeste⁴, os processos culturais se opõem aos processos ideológicos. Nestes, que são processos reguladores, é bloqueada a possibilidade de intervenção das pessoas nos entornos de relações em que estão situadas. Naqueles, os processos culturais propriamente ditos, todos os atores sociais podem reagir e transformar a realidade por meio de produtos culturais. São os processos emancipadores. Assim, o aspecto relevante

³ Há um quarto elemento, que Herrera Flores denomina “a construção do imaginário radical”, que trata da atitude necessária para que se passe da “vontade da verdade” para a “vontade de poder”, ou seja, do dogma e da metafísica para o cultural e o político. Em face do caráter deste texto, que meramente introduz o pensamento do mestre sevilhano, remetemos o leitor à obra *El proceso cultural* (Herrera Flores, 2005) onde o pensamento de Michel Foucault e Paulo Freire orientam a construção do imaginário radical.

⁴ A escola de Budapeste tem como base as idéias do pensador húngaro Georg Lukács e seus discípulos, Agner Heller, Ferenc Fehér, Gyorgy Markus, Muhaly Vayda e András Hegedus, entre outros.

é a oposição entre processos culturais emancipadores e processos ideológicos, ou, em outras palavras, entre emancipação e regulação.

Joaquín apresenta processo cultural como “o conjunto de ‘reações’ humanas que produzem ‘signos’ em função das diferentes e plurais formas de nos relacionarmos com os outros, com nós mesmos e com a natureza”⁵, rechaçando o “culturalismo”, que concebe o mundo como uma coleção de textos, discursos e narrações, desconectados da realidade. Trata-se de processos dinâmicos, caracterizados pela construção, troca e transformação dos signos que orientam nossa ação no mundo (de forma reguladora ou emancipadora), e ocorrem em determinados contextos sociais, econômicos, naturais e políticos. Os processos emancipadores são criativos (contra-hegemônicos) e plurais, rechaçando toda tentativa de homogeneidade e eliminação das diferenças.⁶

A sinuosa vida do autor de D. Quixote, Miguel de Cervantes, é citada como exemplo de atitude emancipadora. O poeta colocou-se nas periferias da cultura hegemônica para desenvolver uma vontade de “tradução cultural”, ou seja, um esforço subjetivo para construir “zonas de contato” e “espaços de encontro” capazes de permitir a tradução das produções culturais de uma forma de vida à outra. Outra alegoria, que nos ajuda a visualizar os processos culturais, é a figura do vórtice, que Herrera Flores utiliza em oposição ao vértice, à tentativa de reduzir as questões a um simples ponto, cruzamento de duas linhas. No vórtice, diz ele, não importa o ponto, nem a linha. Relevante é a rede, a pluralidade de perspectivas sobre o mundo e o campo de forças que, em sua interação aumenta a complexidade do fenômeno a estudar, e, na mesma medida, expõe sua conflituosidade sem ocultar as relações de poder que eternizam a ordem pré-estabelecida.

Tomemos, como ilustração, algumas situações em relações aos quais o Ministério Público brasileiro atua: a assistência à saúde, tanto no SUS quanto no sistema de saúde suplementar; a probidade administrativa, centrada na defesa dos princípios que orientam a atividade administrativa; a proteção das florestas, especialmente por meio da garantia de respeito às áreas de preservação permanente.

No primeiro caso, Promotoras e Promotores de Justiça são procurados diariamente por pessoas que demandam acesso às ações e serviços de saúde. A necessidade de atendimento especializado, medicamentos, exames, internações e cirurgias, surge de

⁵ Herrera Flores, 2005, p. 287

⁶ Herrera Flores, 2005, p. 95.

relações que se estabelecem entre o cidadão e os profissionais de saúde, mediadas por gestores públicos, administradores de serviços privados de saúde, planos de saúde e agências reguladoras. Na visão simplificada – cujo signo é o vértice – somente são visíveis duas linhas, a necessidade do cidadão usuário em oposição à obrigação do Estado. A compreensão do processo cultural exige mais, e nos leva a investigar o contexto em que se movem os atores visíveis e as forças, interesses e valores que os movem. A solução deve ser boa para o indivíduo, para a coletividade e para o entorno natural.

A luta contra a corrupção também pode ser vista de forma simplista, mero confronto entre normas e princípios administrativos e atos praticados por gestores públicos, e pode resultar em condenações e ressarcimento ao erário. Vistos, porém, como processos culturais, os atos de improbidade passam a ser investigados em toda a sua complexidade, com identificação e exposição (visualização pública) de suas causas econômicas, políticas e sociais, e, a partir deste momento se abre a possibilidade de reações individuais e coletivas capazes de provocar mudanças de atitude e de comportamento.

Outro exemplo são as ações visando a proteção das florestas. Após quase 50 anos de vigência do Código Florestal brasileiro, o Ministério Público passa a investir forte para que sejam respeitadas as áreas de reserva legal e as de preservação permanente. O proprietário resiste, e o conflito, que envolve o direito difuso ao meio ambiente equilibrado e saudável, aparece bipolarizado, travestindo-se de intervenção estatal sobre o direito individual do proprietário. O interesse coletivo só é percebido quando se observam o processo cultural e os interesses econômicos, do agronegócio, os interesses políticos, da indústria, das populações locais e dos ambientalistas, os interesses sociais, das gerações presentes e futuras.

Os três exemplos são representativos de áreas em que o Ministério Público atua e tem expectativa de alcançar melhores resultados. A percepção dos processos culturais é importante para que a dimensão coletiva dos fenômenos seja revelada em toda a sua complexidade e as intervenções sejam cada vez mais efetivas. Os processos culturais, diz Herrera Flores, nos condicionam, “mas, ao mesmo tempo, podem ser condicionados por nós”, porque temos a capacidade humana de transformar “a nós mesmos e aos entornos de relações em que vivemos”.

Para promover as transformações que desejamos, utilizamos signos culturais.

Os signos culturais

Os signos, no sistema proposto, são símbolos e representações que vinculam nossas ações aos objetos do mundo.

Herrera Flores define como “signos culturais” a relação que se estabelece entre os objetos, que podem ser materiais (uma pegada, uma bandeira, uma floresta) ou imateriais (um princípio, uma teoria, um valor) e as ações dos indivíduos e dos grupos. A obra discográfica *Sgt. Pepper's Lonely Hearts Club Band*, dos Beatles, é um objeto cultural; pensar nela como um signo cultural é avaliar as relações que se estabeleceram entre as músicas e as ações dos seres humanos que as receberam, assimilaram e usaram em sua vida cotidiana. No Brasil, um exemplo contemporâneo – falamos do final dos anos 60, do século passado – foi a música *Prá não dizer que não falei das flores*, de Geraldo Vandré. O signo cultural não é a música em si, é a relação que se estabeleceu entre os versos - ... *caminhando e cantando, e seguindo a canção, somos todos iguais, braços dados ou não* ... – e as práticas dos atores e grupos sociais que os “consomem”, “produzem” e “usam”, as reações culturais.

Quando o uso resulta em mera assimilação ou tende a bloquear a capacidade criativa de uma forma social ou de uma época, estamos diante de um processo ideológico. Quando, pelo contrário, o uso do produto cultural potencializa as capacidades humanas de criação e transformação, estamos diante de um processo cultural emancipador. Com as leis ocorre o mesmo. O Código do Consumidor é uma lei que estimulou as pessoas a reclamarem da qualidade e dos preços de produtos e serviços, gerou mudança de comportamento dos fornecedores e dos órgãos de fiscalização. Mais recentemente, com a Lei Maria da Penha, pretende-se resultados semelhantes, com mudança de hábitos e comportamentos. Mas a forte reação ideológica, representada pelo patriarcalismo, não permitiu ainda o sucesso almejado. A Lei Maria da Penha é o signo que estabelece a relação entre um objeto – a idéia de respeito à diferença, não discriminação, não violência – e a ação consistente na luta feminista contra a opressão. É claro o processo ideológico que se opõe ao processo cultural emancipador.

Os signos culturais tem três funções. Por meio deles se torna possível entender e explicar as razões pelas quais se atua de um modo e não de outro em uma determinada formação social (aspecto causal ou estrutural), também, na medida em que os entendemos, nos capacitam a “interpretar” o conjunto de signos que recebemos, e, conseqüentemente, nos capacitam a modificar e transformar o conteúdo de nossa ação

(aspecto metamorfo); e, em terceiro lugar, é por meio dos signos que podemos intervir coletivamente na comunidade em que vivemos (aspecto interativo).

Uma ação judicial, um compromisso de ajustamento de conduta, uma recomendação, um Acórdão. Todos estes objetos podem tornar-se signos culturais na medida em que sejam capazes de desencadear um processo emancipador, de transformação coletiva.

Tal fenômeno é bastante visível, hoje, na área de saúde. A crescente judicialização das demandas por assistência à saúde levou o Supremo Tribunal Federal a realizar audiência pública para melhor compreender e posicionar-se em relação aos pedidos formulados contra a União, Estados e Municípios. O resultado começa a surgir, na forma de Acórdãos, que por sua vez geram novas ações, novos comportamentos, grandes mudanças no sistema de saúde e na forma como gestores, usuários e prestadores de serviço lidam com eles.

As ações de improbidade também tem provocado reações. Outro tipo de reações. O movimento nos Tribunais é pendular, decisões conservadoras se alternam com posições avançadas na interpretação dos princípios da administração pública. Entre os políticos, porém, o mal estar provocado por ações movidas contra prefeitos, governadores e membros do parlamento se traduz em processos ideológicos que tentam bloquear a ação do Ministério Público.

De igual modo, no campo da proteção ambiental, o processo cultural emancipatório avança com a multiplicação de decisões que impõem obrigações de demarcar, registrar e recuperar áreas de preservação permanente e de reserva legal. Mas, a reação é forte. Capitaneado pelo agronegócio, um forte processo ideológico tenta mudar o Código Florestal e impedir, com isso, as ações do Ministério Público.

Trabalhamos com signos culturais. Interpretamos o contexto de relações em que as pessoas buscam o acesso aos bens necessários à vida digna e nele intervimos, produzindo novos signos consistentes em petições iniciais, compromissos de ajustamento de conduta e recomendações. Quando a atuação se dá pela via judicial criamos signos – petições e arrazoados – que visam a produção de outros signos – as sentenças e Acórdãos – que, dotados de força executiva, visam garantir o efetivo acesso das pessoas aos bens.

A visão dos processos culturais e da ação dos signos culturais permite a compreensão dos circuitos de reação cultural e a identificação das estratégias ideológicas

que os bloqueiam, impedindo o acesso aos bens. Assim, para que o ciclo se complete e alcancemos a dignidade humana, nosso critério de valor, é necessário compreender o funcionamento do circuito de reação cultural.

O circuito de reação cultural

Joaquín nos adverte que o cultural não é tudo. Para alcançar a meta – dignidade humana – é preciso ter clara a distinção entre (1) um “estado de fato”, (2) a percepção cultural que temos desse fenômeno e (3) do vínculo que se estabelecem entre ambos. Os circuitos de reação cultural consistem exatamente nas relações – o *iter*, o caminho circular – entre estes e aqueles. Ou, em outras palavras, o caminho de ida e volta entre as reações culturais, individuais e coletivas, e as redes de relações que as provocam é o que denominamos “circuito de reação cultural”⁷.

O exemplo utilizado pelo mestre sevilhano é o do vulcão Etna, situado na Itália. Nesse início de 2010, podemos recordar o vulcão Eyjafjallajökul (Montanha da Ilha Glacial), na Islândia, que provocou caos no transporte aéreo da Europa, com repercussões em todo o mundo, causando prejuízos estimados quase US\$ 6 bilhões, somente no mês de abril⁸. A erupção, “estado de fato”, foi percebida de forma diferenciada por vulcanólogos, turistas, pilotos de avião e pessoas que vivem na região onde se encontra o pequeno vulcão. Para os primeiros, um fenômeno biológico, ou geológico, objeto de estudo; para os pilotos, uma situação de risco; para os turistas, prejuízo e atrasos; para a maior parte do mundo, um fenômeno estético, para contemplação. Vamos à ilustração original:

Cuando, por ejemplo, el volcán Etna abre su cima a las fuerzas telúricas que guarda en su interior y derrama lava por sus laderas, estamos ante un “estado de hecho”, es decir, ante un fenómeno que está ocurriendo en Sicilia. Sin embargo, el “fenómeno” puede ser explicado e interpretado de un modo muy diferente en función de la diferente relación que mantengamos con él. Será muy distinta la explicación, la interpretación y la intervención en el fenómeno que se realice desde un campesino siciliano que depende de su cosecha, desde un vulcanólogo

⁷ HERRERA FLORES, 2005, p. 115.

⁸ - http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/05/100509_vulcao_nova_ir.shtml, consultado em 16.05.2009, às 23h38m.

*interesado en esta clase de fenómenos, o desde un turista urbano deseoso de reencontrarse con la naturaleza embravecida.*⁹

Trata-se da perspectiva relacional do cultural: a possibilidade de transformar as relações que mantemos com a sociedade (imaginário social instituinte), com nosso interior (imaginário radical) e com o meio ambiente (imaginário ambiental biodiverso). Os “estados de fato” são percebidos de forma diferenciada na realidade de cada um. Assim, nossa realidade consiste no conjunto de relações que mantemos com a natureza, com nós mesmos e com os outros. E cada um reage em relação ao “estado de fato” conforme sua posição. Outro exemplo, presente no cotidiano de todos, é a saúde, tema cada vez mais presente no cotidiano dos tribunais. Para muitos, os ligados à indústria, por exemplo, a doença é motivo de lucro. Para outros, trabalho. Para o indivíduo, o próprio bem estar físico e psíquico. Joaquim sublinha que tal percepção é muito diferente nas diferentes culturas e a medicina científica é apenas uma entre as muitas formas de reação possíveis.

*La enfermedad o el dolor, como estados de hecho, es decir, como fenómenos que ocurren en nuestro interior, serán percibidos de un modo muy diferente desde un acceso occidental a la realidad, en el que la prisa y la competitividad nos exigen un estado de salud conveniente para el éxito rápido en el mundo en que vivimos, o desde un acceso taoísta a la realidad, en donde la enfermedad y el dolor sirven como mecanismos que van a ayudarnos en el camino hacia el auto-conocimiento y el auto-perfeccionamiento, no como trabas que obstaculizan nuestra vida cotidiana.*¹⁰

Um exemplo corriqueiro, no dia-a-dia das promotorias que cuidam da proteção ao meio ambiente, é a instalação de uma indústria, ou de uma usina hidrelétrica em determinada cidade. Cada um percebe de maneira diferente o evento. Os produtores rurais contam com a possibilidade de um novo adquirente para seus produtos. Para os políticos, maior arrecadação de impostos. Os trabalhadores vislumbram melhores oportunidades de trabalho, enquanto os vizinhos, pescadores e pequenos proprietários preocupam-se com a poluição e eventual desvalorização de seus bens. Tais posições aparecem claramente nas audiências públicas, sempre necessárias nos processos de licenciamento ambiental dos empreendimentos que causam impacto sanitário, social e ambiental.

⁹ - Herrera Flores, 2005, p. 112.

¹⁰ Id. Ibid.

As reações culturais em relação a determinado fato correspondem às posições que as pessoas – atores – se encontram, e podem ser individuais ou coletivas. Então, no conflito de visões e correspondentes interesses¹¹, que posição deve adotar o Ministério Público? Se o objetivo é garantir a dignidade humana, nosso critério de valor, a ação institucional deve garantir que funcione o processo cultural emancipador e identificar os processos ideológicos que tentam obstruir as reações individuais e coletivas. O processo ideológico tenta passar como sendo o único possível, racional e universal, e pode ser identificado a partir de seu efeito: o bloqueio do circuito de reação cultural.

*Un proceso ideológico se definirá, pues, por los intentos de bloquear los circuitos de **reacción** cultural, haciéndonos caer en la trampa de confundir los “procesos de producción” cultural (las reacciones frente al mundo) con las “estructuras culturales ya consumadas” (los productos culturales dominantes en un momento espacio-temporal concreto). De este modo, los productos culturales y las relaciones sociales, psíquicas y naturales hegemónicas o dominantes, se presentarán como las **únicas posibles, racionales y universales** ya que son la consecuencia necesaria de la imposición de una “causa” de un “sentido” o de un “fin” trascendental que se pierde en la nebulosa origen de los tiempos. Con ello, toda posición alternativa se relegará al margen, a la irracionalidad o al particularismo cultural.¹²*

Por outro lado, imprescindível que se identifique o processo cultural a ser protegido. Herrera Flores explica que o cultural não consiste necessariamente na transformação do outro, de nós mesmos ou da natureza, como se fossem elementos “alheios” a nossa forma de interpretar, explicar e intervir no mundo. Isso porque somos “parte” do processo e o que podemos fazer é transformar as relações que mantemos com a sociedade, com o meio ambiente e com nós mesmos, enquanto sujeitos. O processo cultural é o que torna possível a mudança porque consiste na abertura e no desobstrução permanentes do circuito de reação cultural, apresentando três princípios básicos:

1) O princípio da distinção entre os objetos do conhecimento (os signos culturais, ou produtos culturais) e os objetos reais (as relações em que nos movemos) e a primazia destes sobre aqueles. O cultural é uma reação frente à realidade, ele não funda a realidade.

2) O princípio da complexidade. Culturalmente não há causas simples e homogêneas que tenham dado origem aos fenômenos: Deus, História, Razão, Procedimento, Mercado. Culturalmente

¹¹ - Nesse sentido, afirma-se que os direitos coletivos caracterizam-se pela grande litigiosidade interna.

¹² - Herrera Flores, 2005, p. 119.

nos defrontamos com fenômenos complexos, historicamente situados, com os quais nos relacionamos dinamicamente com a possibilidade de impor a eles novos conteúdos, metodologias e direção.

3) O princípio da interação entre os dois princípios anteriores. *O primeiro influi sobre o segundo e o segundo sobre o primeiro. A complexidade nos leva à distinção entre estruturas consumadas e processos de produção; e esta distinção nos conduz à contínua possibilidade de transformação e de efetivo exercício de nossa capacidade genérica de fazer e desfazer o mundo em que vivemos.*¹³

Os circuitos de reação cultural podem ser identificados nas várias situações em que há conflito em torno de direitos coletivos. No campo da saúde vislumbramos a relação de cada um consigo mesmo, em busca de bem-estar físico e psíquico, e as reações culturais da família, do Estado e do mercado. No campo social, um bom exemplo é o patriarcalismo: as relações da mulher na família, na sociedade, no ambiente do trabalho. Das muitas lutas, no campo ambiental, a mais visível no momento envolve as pessoas que vivem no entorno do Rio Xingu, em sua parte paraense, e os interesses em torno da construção da hidrelétrica Belo Monte. O Ministério Público tem lutado pelas florestas – áreas de reserva legal e preservação permanente –, opondo-se aos que negam a função social da propriedade. São alguns exemplos, e todos revelam as dificuldades inerentes à identificação da forma de intervenção que melhor garanta a dignidade humana em face da complexidade e a grande litigiosidade que envolve os interesses coletivos.

A compreensão dos circuitos de reação cultural demonstra que a cultura, no sentido posto, é um processo dinâmico e aberto, submetido ao vaivém da história e, o que é mais importante, os produtos culturais não são neutros. Não há imparcialidade e nem se trata de fenômenos “naturais” ou de fenômenos determinados por alguma força “transcendente”. Todos os produtos culturais estão “comprometidos com uma interpretação do passado, com uma compreensão do presente e com uma proposta de futuro”¹⁴. Em consequência, podem gerar um acesso regulador – restritivo, excludente, monológico, “ideológico” –, ou um acesso emancipador, comprometido com a ampliação do que entendemos por humano, e que seja “inclusivo e plural, ou seja, cultural”

¹³ Herrera Flores, 2005, p. 120.

¹⁴ Herrera Flores, 2005, p. 120.

Considerações finais

As dificuldades existem, mas a mudança é possível. Outro mundo é possível. A identificação dos processos culturais, dos signos culturais, e dos circuitos de reação cultural nos permitem identificar processos ideológicos e desenvolver novas metodologias de ação para garantir que os processos culturais emancipadores – aqueles que propiciam a abertura e a desobstrução dos circuitos de reação cultural, permitam que avance a luta permanente pela dignidade humana.

Trata-se da luta pela restauração das “conexões entre nossas ações e o mundo, entre o fazer e o feito”, da luta por fazer coincidir a teoria e a prática, “criando/nomeando, convencionalmente, os caminhos necessários para que as formas de vida possam discutir, em plano de igualdade, suas concepções acerca de uma vida digna de ser vivida”¹⁵. Atuando dessa forma, com a visão da totalidade dos fenômenos e seus contextos, o Ministério Público estará apto a trabalhar pela redução das desigualdades sociais e regionais; a zelar pela garantia de saúde, para todos, com dignidade; a contribuir para que o Brasil possa de fato superar os preconceitos e abolir todas as formas de discriminação. Dessa forma, repetindo o homenageado Joaquín Herrera Flores, “seguimos sonhando”, e “seguimos desejando rosas e risos”¹⁶.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2010.

Conclusões

Os direitos coletivos envolvem processos culturais.

A intervenção do Ministério Público nos direitos coletivos visa garantir o acesso aos bens por meio de processos culturais emancipadores.

Os direitos coletivos envolvem processos culturais.

Sentenças, TACs e recomendações são produtos culturais e podem produzir signos culturais.

A intervenção do Ministério Público nos direitos coletivos visa garantir o acesso aos bens por meio de processos culturais emancipadores.

¹⁵ Herrera Flores, 2009, p. 83.

¹⁶ Herrera Flores, 2007, p. 125.

Processo emancipador é aquele que gera mudanças comprometidas com a dignidade humana.

A ação institucional deve identificar e combater os processos ideológicos que criam obstáculos à participação de pessoas e grupos nos processos culturais.

Referências bibliográficas:

HERRERA FLORES, Joaquín. *El proceso cultural: materiales para La creatividad humana*. Sevilla, Aconchagua Libros, 2005.

_____ Manifesto Inflexivo. In CASTRO, Ana Rubio e HERRERA FLORES, Joaquín (coord.) *Lo público y lo privado em el contexto de La globalización*. Sevilla, Instituto Andaluz de La Mujer, 2006.

_____ *O nome do riso: breve tratado sobre arte e dignidade*. Florianópolis, Bernúncia/Instituto Declatra, 2007.

_____ *Teoria crítica dos direitos humanos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

_____ *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis, Boiteaux, 2009b.

Pacto federativo e políticas públicas de saúde: quem paga o pato?

Antônio Joaquim Fernandes Neto

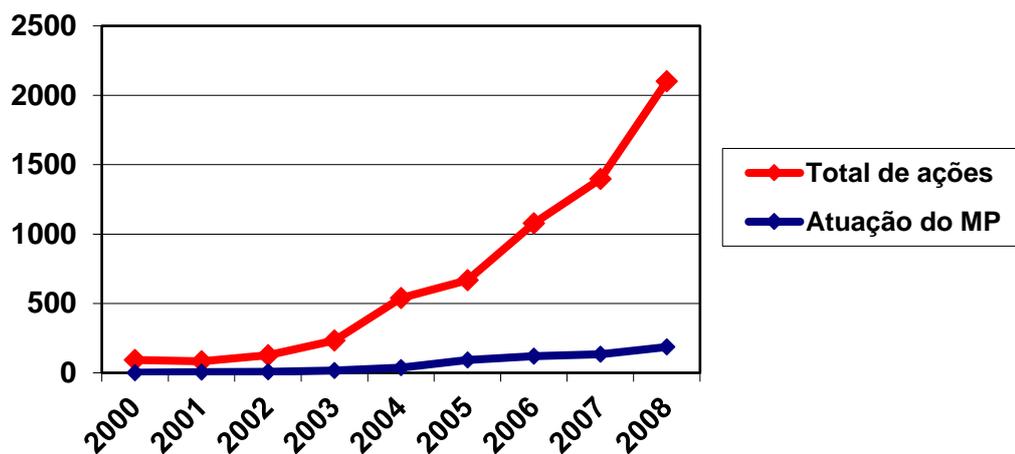
O objeto desta tese é o pacto federativo, ou, os problemas com o pacto federativo que se resumem na constatação de que há um enorme desequilíbrio entre os entes federativos, entre quem arrecada os tributos e quem literalmente “paga o pato”, arcando com as despesas e as cobranças da população que vive nos Estados e Municípios. Quem paga o pato? Quem fica com o pato? Eis o problema. Sabemos que os Municípios têm investido valores cada vez maiores na assistência à saúde enquanto muitos Estados e a União deixam de cumprir o disposto na EC 29 e vem reduzindo seus investimentos na saúde.

Começo com um episódio da história do Brasil, dos primórdios da história do Brasil, quando o padre José de Anchieta foi chamado a arbitrar dúvida entre dois aventureiros, que disputavam um pato, chamou um menino, mudo de nascença, para decidir a questão. Quem ficou com o pato? Como é que o Santo, Anchieta, resolveu a questão? A decisão do menino mudo pode nos ajudar a pensar o problema a partir do pacto federativo e das políticas públicas de saúde.

Conforme sublinhado, o objeto da tese é o Pacto Federativo e as políticas públicas da saúde. Como se sabe, em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a linha de jurisprudência que afirma a responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de assistência à saúde. Os gestores, nas três esferas de governo, defendem a repartição de competências, ou, em outras palavras, a definição inequívoca das atribuições dos municípios, dos estados e da união. Entra uma ação judicial contra o município, o município diz: quem paga o pato – digo, o remédio – é o Estado, ou é a União. O Estado, quando acionado diz: o Município paga o pato.

O pato, como se sabe, se adapta com muita facilidade. É um dos poucos animais da natureza que anda, nada e voa com razoável competência. E o que disse o STF, em relação à prestação de assistência à saúde, foi exatamente isso. Todos os entes federados tem todas as competências. Tem que andar, nadar e voar para executar as obrigações inerentes ao sistema único de saúde.

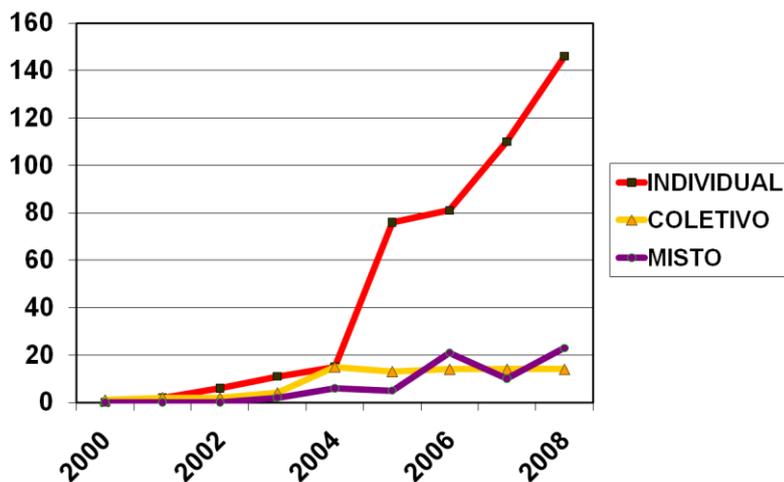
Para conhecer a dimensão do problema investigamos o crescimento do volume de ações judiciais movidas contra o Estado e os Municípios ao longo da última década. Em 2000 o volume era inexpressivo. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou 500 ações em 2004. 1000 em 2006. No ano passado foram mais de 2500 ações. E o volume de recursos envolvido também é bastante grande: O gasto estatal com o pagamento de condenações judiciais saltou de 164.325 reais em 2002 para 42 milhões e quinhentos mil reais em 2008.



O Ministério Público é responsável por cerca de 10% destas ações, mas sua atuação vem crescendo, como vem crescendo as ações movidas pela defensoria pública e cada vez mais advogados estão se especializando em mover ações contra o SUS.

Um detalhe chama a atenção: continua crescendo a atuação do Ministério Público em casos individuais enquanto a atuação coletiva permanece pequena. Em 2007, no Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador, na Bahia, o mesmo problema foi detectado em relação à ações visando a provisão de assistência farmacêutica e, naquela oportunidade, a tese aprovada incluiu a conclusão de que o Ministério Público deveria priorizar a tutela do interesse coletivo com a identificação dos problemas na execução das ações de assistência farmacêutica, tais como: falta de estímulo ao profissional farmacêutico; deficiências na atuação da equipe de saúde; treinamento inadequado do Agente Comunitário de Saúde; insuficiente capacitação dos recursos humanos; desconhecimento da política pelos profissionais médicos. Acredita-se que a superação desses obstáculos contribuirá para um melhor planejamento e execução da assistência farmacêutica no município.

Passados três anos a situação não mudou, ao menos em relação às ações julgadas pelo TJMG. Continua preponderando a atuação individual:



Durante o ano de 2003 o TJMG julgou 11 ações individuais movidas pelo Ministério Público em matéria de saúde. Em 2006 foram 81 ações e, em 2008, 146 acórdãos examinaram pedidos formulados pelas Promotorias da Saúde em casos individuais.

Em ações coletivas a situação é diferente. Não há evolução. Em 2004 foram julgadas 15 ações coletivas. Em 2005, 13. E nos anos seguintes o volume foi idêntico: 14 ações coletivas julgadas nos anos de 2006, 2007 e 2008.

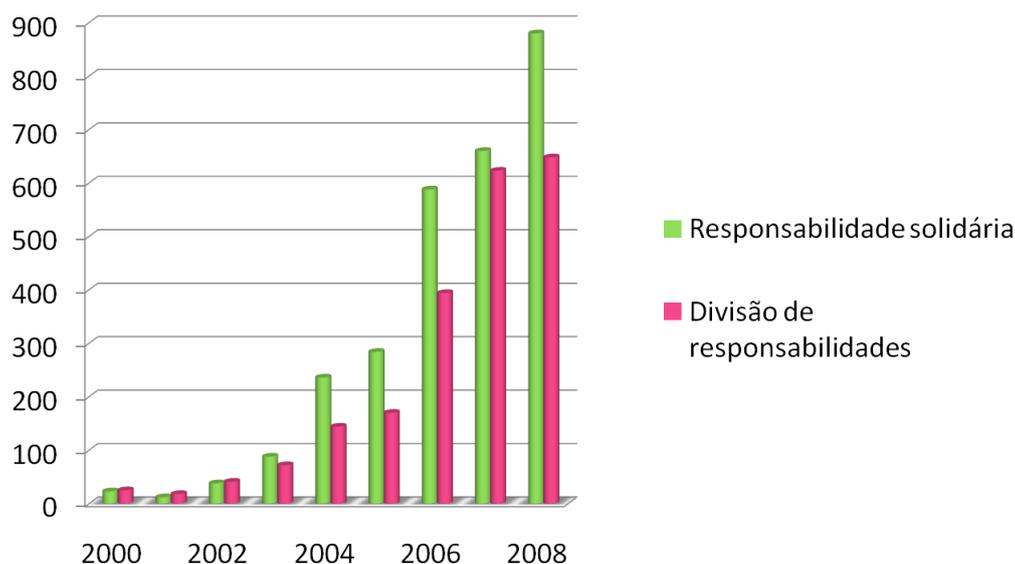
Nos acórdãos em que foram apreciados pedidos mistos – cumulação de pedidos individual e coletivo – a evolução também não foi muito grande. Foram 10 em 2007 e 23 em 2008. Na maioria destes casos, porém, o tribunal decotou o pedido coletivo, mantendo apenas o provimento positivo em relação ao pedido de natureza individual. Os dados são da pesquisa realizada pela Escola de Saúde Pública por força de convenio celebrado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o Ministério Público de Minas Gerais

Os dados são importantes para o posicionamento em relação ao confronto entre os entes federativos. Quem paga o pato? O pato, como sabemos, é uma ave que só fomenta os próprios ovos. O pato, ou melhor, a pata, não choca os ovos alheios, ainda que sejam da mesma espécie. E os entes federados não gostam de pagar o pato alheio – mesmo que seja da mesma espécie, ou seja, a assistência à saúde. Por isso é bastante comum, nos

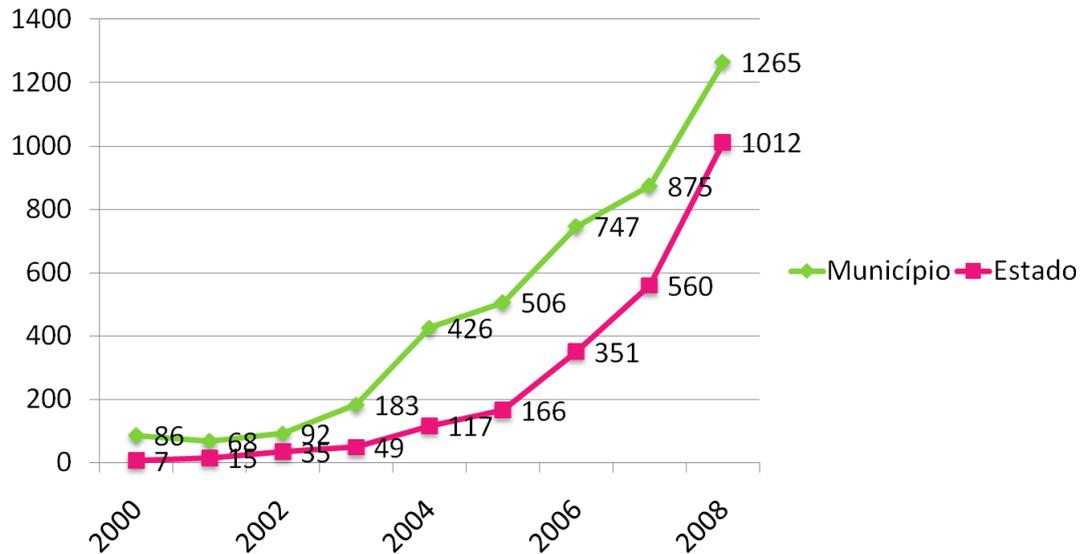
tribunais, a discussão sobre a distribuição de competências entre os entes federados. Por isso os tribunais tem se pronunciado com frequência sobre o assunto.

Há, basicamente, duas grandes linhas de jurisprudência. A primeira diz que os três entes da federação tem responsabilidade solidária e competência comum para as ações e serviços de saúde. A outra – posição defendida por Estados e Municípios – sustenta que deve-se observar as competências de cada ente para a prestação do serviço ou procedimento.

Ao longo dos últimos anos tem preponderado a tese da responsabilidade comum, ou seja, a união, os estados e os municípios são solidariamente responsáveis pela assistência à saúde, especialmente pela assistência farmacêutica, objeto da maior parte das ações. O tema esta presente na maior parte das decisões porque, como sabemos, o pato não gosta de chocar ovos alheios... O Município diz: O ovo que me puseram no ninho, na verdade, não é meu. O ovo que o Estado as vezes quer excluir do ninho, é seu.



De qualquer forma, observamos na pesquisa, os municípios tem sido, historicamente, os entes mais demandados. Ou seja, os municípios têm pago o pato. Daí o inconformismo dos Prefeitos e Secretários Municipais de Saúde em relação à judicialização da saúde. Muitos entes municipais tem investido 20 e até 25% de seus orçamentos em saúde pois, além da pressão exercida pela judicialização do tema os gestores municipais, em contato direto com a população, são premidos a prover mais recursos para a assistência à saúde.



O exame detalhado da jurisprudência mostra que a tese preponderante corresponde ao juízo emitido pelo Desembargador Elias Camilo, em decisão de 22.10.2009. A ementa sintetiza o pensamento majoritário e sua consequência prática: o cidadão pode acionar o ente que mais facilmente possa atender sua demanda:

*A **responsabilidade** dos entes políticos com a saúde e a integridade física dos cidadãos é **conjunta e solidária**, podendo a parte necessitada dirigir seu pleito ao ente da federação que melhor lhe convier. (Voto do Relator, Desembargador Elias Camilo, no AI 1.0607.09.051912-7/001, DE 22/10/2009)*

O pato é o único animal que consegue dormir com metade do cérebro e manter a outra em alerta. É dotado de perfeito senso de direção e comunidade. Embora as teses sejam antagônicas, é possível identificar a racionalidade que se apresenta nas decisões do TJMG. A solidariedade é extraída diretamente do texto constitucional enquanto a divisão da responsabilidade tem amparo na legislação infraconstitucional e na pactuação entre os entes federativos. Assim, em casos em que não há prejuízo ao usuário, as decisões tendem a acatar a tese dos gestores. Em dezembro de 2009 o Desembargador Edgard Penna Amorin decidiu assim:

1 - É de se reformar a sentença na parte em que condenou o Município a fornecer medicamentos cuja dispensação, nos termos da Portaria n.º 2.577/2006 do Ministério da Saúde, é atribuída à **Secretaria de Saúde do Estado**, sobretudo se se verifica dos autos resposta do órgão estadual corroborando tal assertiva. 2 - Cabe, porém, manter a condenação do **ente municipal** ao fornecimento dos demais medicamentos [...] cuja

essencialidade se encontra atestada em receituário subscrito por médico devidamente habilitado. (Voto do Relator, Desembargador Edgard Penna Amorin, na AC N. 1.0024.07.404809-1/001, de 03/12/2009)

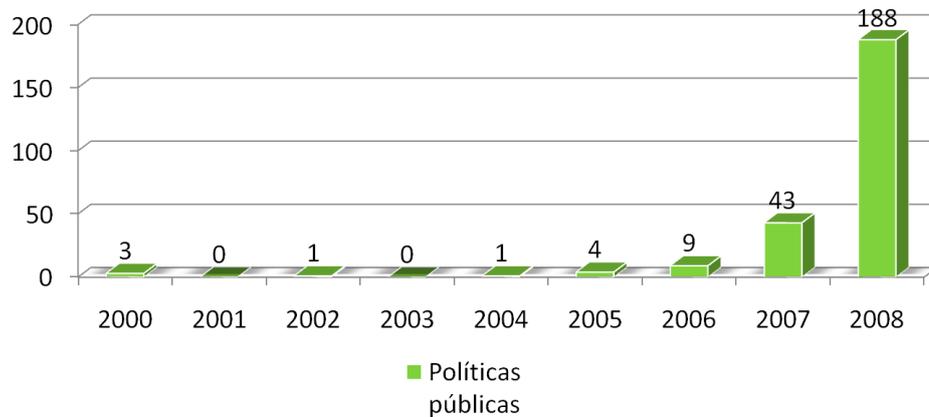
Na mitologia celta o pato simboliza a transição, devido à sua natureza migratória. Representa também a honestidade, a simplicidade e a engenhosidade. Também simboliza o lar, porque sempre volta pra casa na primavera. E os Tribunais, embora prepondere a tese da responsabilidade solidária, tem zelado pela preservação das finanças dos Municípios, devolvendo-lhes o que lhes é devido. Assim a decisão do Desembargador Alberto Vilas Boas, de fevereiro deste ano:

*Havendo sido o Município compelido a fornecer, em razão de decisões judiciais, fármacos de dispensação excepcional cuja responsabilidade é do Estado de Minas Gerais, este deve ser **condenado a ressarcir** os valores gastos na aquisição destes medicamentos. (Voto do Relator, Desembargador Alberto Vilas Boas, na AC N° 1.0707.04.087153-5/001, de 09/02/2010)*

De qualquer forma, os patos são muito teimosos. Por isso os antigos chamavam de pato os homens que são muito tenazes na defesa de seus próprios juízos, e não ouvem os alheios. Assim, em março de 2010 o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reafirmou a tese da responsabilidade solidária. O voto condutor, do Ministro Gilmar Mendes, diz textualmente:

*A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. **União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade** e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. (Voto do relator, Ministro Gilmar Mendes na STA 175, de 17.03.2010)*

Os patos podem iludir os seus inimigos de muitas maneiras, eles sabem voar, correr, nadar ou mergulhar, por isso eles são também o símbolo de uma pessoa dotada de múltiplos recursos. Assim, como os patos, os Tribunais estão atentos às críticas que envolvem a judicialização da saúde e estão incorporando, cada vez mais, as políticas públicas em suas decisões. Daí, um fato recente. E muito importante, é o crescimento das decisões do TJMG que abordam e discutem as políticas públicas de saúde.



Notamos que no início da década e até 2006 é praticamente inexpressivo o volume de decisões que discutem as políticas públicas. Desde 2007, e de forma crescente a partir de 2008, as decisões do TJMG tem incorporado, de forma positiva, a discussão das políticas públicas. Esse fenômeno corresponde à recente iniciativa, do Tribunal, em parceria com o Ministério Público e a SES, de promover seminários para a discussão das políticas públicas em confronto com a jurisprudência.

Se os juízes, promotores, defensores públicos e advogados não conhecem as políticas públicas, as decisões as ignoram. Por isso, com se vê, quanto maior o conhecimento das políticas públicas por parte dos operadores do direito, maior sua presença, na jurisprudência.

Como recordávamos, no início desta breve exposição, o padre José de Anchieta foi chamado a arbitrar dúvida entre dois aventureiros, que disputavam um pato, chamou um menino, mudo de nascença, para decidir a questão. Todos olharam atentos para o menino, que era mudo, mas falou: Meu é o pato. E levou a ave, sob a proteção do santo.

A disputa pelos recursos, a definição de competências envolve União, Estados e Municípios. Mas o ator principal é sempre o cidadão. E o direito, como diz Herrera Flores, deve servir como instrumento de garantia. Deve servir para a satisfação das necessidades de todos. Deve garantir a cada um, o acesso aos bens.

A tese da solidariedade tem o respaldo do STF. E é útil nos casos de interesse individual quando a urgência do caso exige que a resposta venha da autoridade que se encontra mais próxima do cidadão necessitado. Todavia, por meio de ações coletivas é

possível zelar para que se evite o desequilíbrio entre os entes federativos, com oneração excessiva dos Municípios.

Conclusão

Em breve resumo, os dados apresentados nos permitem registrar as seguintes conclusões:

- A judicialização da saúde interfere no pacto federativo.
- O grande volume de decisões individuais tem impacto nos orçamentos de Estados e Municípios.
- Decisão recente do STF fixou responsabilidade solidária.
- De acordo com o TJMG os municípios têm direito a ressarcimento.
- As políticas públicas são pouco conhecidas.
- O TJMG tem considerado as políticas públicas em suas decisões.
- O Ministério Público deve priorizar a atuação coletiva e zelar para que seja preservado o pacto federativo.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2010.

A impossibilidade, inviabilidade e desaconselhabilidade da transação penal e da suspensão condicional do processo em crimes de ação penal privada

Calixto Oliveira Souza
Promotor de Justiça

SUMÁRIO: Introdução - 1 Parte legítima para a propositura da transação penal e da suspensão condicional - 1.2 Sobre a redação dos artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95 - 2 A solução encontrada pela Lei para possibilitar o acordo em ação privada - 2.1 A inviabilidade da transação penal quando não há composição civil dos danos - 2.2 Ainda sobre a questão da legitimidade - 2.3 Não há fase procedimental adequada à transação penal em ação privada – 2.4 Argumentos favoráveis e contrários à suspensão – 3 A constitucionalidade da vedação da transação e da suspensão – 3.1 Ninguém é escolhido aleatoriamente para ser “autor do fato” 3.2 A vítima necessita do julgamento – 3.3 Algumas comparações – 3.3.1 Mais comparações 4 A troca da agressão moral pela física: um infeliz argumento – Conclusão.

Introdução

Trata-se aqui de um estudo a respeito da impossibilidade legal da propositura de transação penal e de suspensão condicional do processo em ação penal privada, analisando-se o que preveem a Lei 9.099/95 e a Constituição Federal, além da inviabilidade e da desaconselhabilidade das medidas, sem olvidar as abalizadas opiniões de doutrinadores e magistrados, através do estudo da doutrina e da jurisprudência. O trabalho está de acordo com o tema do IX Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, “O Ministério Público e os desafios do novo processo”, ao enfrentar intrigante questão envolvendo o delicado momento, pré-processual ou pré-instrução, em que pode ou não ser proposta a transação penal e a suspensão condicional do processo para os autores de crimes de ação penal privada. A matéria é polêmica e encontra opiniões às vezes apaixonadas de juristas contrários e a favor, o que motivou o presente trabalho, em busca de uma conclusão que possa contribuir para que a Justiça seja corretamente aplicada e ainda unificar o pensamento dos integrantes do Ministério Público de Minas Gerais após o debate.

1 Parte legítima para a propositura da transação penal e da suspensão condicional

A transação penal e a suspensão condicional do processo, instituídas no Brasil em 1.995, somente podem ser propostas pelo Ministério Público, através de seu órgão de execução, de acordo com a Lei 9.099/95, em seus artigos 76 e 89. Segundo o *caput* do art. 76, não ocorrendo os impedimentos previstos no § 2º do mesmo dispositivo legal, a transação penal deve ser oferecida pelo Ministério Público, havendo representação ou sendo pública a ação penal, não sendo caso de arquivamento; a suspensão condicional, por seu turno, de acordo com o art. 89, deverá também ser proposta pelo “Ministério Público, ao oferecer a denúncia”, dentro das condições ali exigidas.

A Lei é clara e objetiva ao não contemplar a possibilidade de proposta de transação penal ou de suspensão condicional oferecida pela vítima, nos casos de ação penal privada. Há autores, porém, que gostariam que a lei dissesse também o que não permite, sob pena de concluir-se que há uma omissão não deliberada do legislador – ou uma verdadeira falha – e que pode também a vítima, na ação penal privada, apresentar a proposta, ou ser esta feita pelo Ministério Público ou até mesmo pelo juiz.

O desejo desses autores, todavia, esbarra na necessidade de interpretar-se a Lei de acordo com o vernáculo e com os princípios penais e processuais penais brasileiros.

No caso em foco, não se pode retirar do legislador o poder de restringir, sob o argumento de que foi esquecida a ação penal privada. Não é defensável que a Lei contenha tamanha falha.

A seguir-se o raciocínio, encontrar-se-ão inúmeros casos de “omissão”. É só procurar. O inciso III do § 2º do art. 76 da Lei 9.099/95, por exemplo, enumera cinco das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal para tornar inadmissível a transação penal. Não é crível que algum doutrinador se arriscaria a acrescentar a culpabilidade, as consequências do crime ou o comportamento da vítima, que não foram incluídas, a esse rol.

As possibilidades são infinitas, tanto no direito penal quanto no cível.

1.2 Sobre a redação dos artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95

Uma simples leitura dos *caputs* dos artigos 76 e 89 da Lei dos Juizados Especiais não deixa dúvida quanto à intenção do legislador de restringir as propostas de transação penal e de suspensão condicional ao Ministério Público, além de limitá-las aos casos de ação penal pública, condicionada ou não.

Alguns autores, porém, como adiantado acima, consideram a possibilidade de ter havido equívoco do legislador, que poderia ter deixado de incluir a queixa-crime de forma

não intencional. O raciocínio tem um verniz de sustentabilidade, principalmente se observarmos que o legislador se esqueceu, no art. 76, de incluir a contravenção penal entre os fatos mercedores da proposta. A Lei só menciona crimes, embora ninguém em sua consciência negue a possibilidade de transação aos autores de contravenções.

Ocorre que são situações diferentes. Ademais, um pouco antes, no parágrafo único do artigo 74, que trata da composição dos danos civis, a Lei se ocupa dos casos de ação penal privada, ao mencioná-los juntamente com os de ação pública condicionada, para determinar que “o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação”.

Como se vê, o legislador estava atento à existência da ação penal privada, que não ignorou.

2 A solução encontrada pela Lei para possibilitar o acordo em ação privada

Os artigos 72 a 74 tratam da composição dos danos civis, cabível nos casos de ação privada e pública condicionada ou incondicionada, sendo esta última mencionada implicitamente.

Sabe-se que existe a possibilidade da composição sempre que há uma vítima definida, diante da redação do parágrafo único do art. 74, que considera a aceitação da reparação do dano pela vítima verdadeira renúncia ao direito de queixa ou representação, estando também claro que tratando-se de ação penal pública incondicionada pode ocorrer o acordo, que “terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente”, nos dizeres do art. 74 da Lei em comento, embora a composição, neste caso, não impeça o início da ação penal. O autor do fato, nesse caso, poderá evitar um processo civil de conhecimento e ainda candidatar-se às benesses do art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior).

Volvendo-se os olhos para a ação privada, verifica-se que a composição dos danos civis, ao contrário do que ocorre na ação pública incondicionada, “acarreta a renúncia ao direito de queixa” (art. 74, parágrafo único). Trata-se de um imenso incentivo ao autor do fato para facilitar o acordo, o que beneficia também a vítima.

O acordo, não há dúvida, é interessante para ambas as partes. Para o autor do fato porque o livra de defender-se em duas ações: uma penal e uma civil; para a vítima, porque a desobriga de sustentar duas ações: uma ação penal, através de queixa-crime, que demanda despesas, tempo, desgaste emocional e a possibilidade de sucumbência; e uma ação civil, com os mesmos ônus de uma ação penal.

2.1 A inviabilidade da transação penal quando não há composição civil dos danos

Alguns autores defendem a propositura de transação penal após a apresentação da queixa-crime (ou até mesmo antes), nos casos em que não se obtém a composição civil dos danos.

A proposta de transação penal, porém, que é independente da composição dos danos, poderá ficar muito abaixo desta, caso apresentada em valores pecuniários, criando-se uma situação degradante para a vítima e ensejadora de deboche para o autor do fato.

A hipótese alternativa, de propor-se ao autor o mesmo que a vítima propôs na fase anterior, pode criar uma situação injusta; caso o valor não seja destinado ao ofendido, far-se-á com que o autor se desfaça de parte de seu patrimônio, mas mantendo-se a vítima sem sua almejada indenização, a ser perseguida no juízo cível, com todos os ônus já mencionados acima. Ademais, daria ao autor do fato a oportunidade de agir por mero capricho, ao aceitar o pagamento de determinada quantia, mas privando a vítima de sua indenização. Essa opção a ser feita pelo autor, registre-se, não lhe seria vantajosa, pois a possibilidade de ter que fazer outro pagamento, desta vez à vítima, após ação civil, permaneceria, além de representar a perda do direito ao benefício da transação penal pelo prazo de 5 (cinco) anos (art. 76, § 4º, da Lei 9.099/95).

2.2 Ainda sobre a questão da legitimidade

Outro empecilho que surge quando se pretende estender a transação penal e a suspensão condicional aos crimes de ação penal privada diz respeito ao responsável pela elaboração e apresentação da proposta. A maioria dos autores sustenta que a transação penal e a suspensão condicional somente podem ser oferecidas pelo Ministério Público. A solução encontrada por alguns tribunais e doutrinadores foi a manutenção dessa legitimidade, mas podendo a proposta ser apresentada somente com autorização da vítima. O STJ já decidiu nesse sentido (6.^a T., no RHC n. 8.123/AP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16.4.1999, DJ de 21.6.1999, p. 202). A única explicação para a existência dessa figura jurídica reside na possibilidade de a vítima considerar suficiente que o autor do fato passe a ostentar em sua ficha criminal uma transação penal, benefício do qual não poderá se valer nos próximos cinco anos, ou o mero histórico de um processo suspenso e extinto, no qual não houve julgamento. Ocorre que para chegar a esse ponto o procedimento terá ultrapassado a fase da composição dos danos civis, em que não se logrou sucesso. Sobre a transação, a hipótese de a vítima deixar de aceitar determinado valor e em seguida concordar que o Ministério Público faça a proposta de transação penal,

muita vezes bem mais baixa (se de prestação pecuniária), pois trata-se agora de pena criminal, é remota.

Poder-se-ia argumentar que o valor almejado pela vítima pode ser alto e não ser aceito pelo réu, podendo aquela preferir permitir a transação penal e, em seguida, buscar seu direito no cível. A experiência mostra, ao contrário, que a vítima (em casos de ação privada, sempre patrocinada por advogado) prefere buscar a condenação criminal, o que lhe permite deixar de discutir o mérito em posterior ação civil (art. 63 do CPP), podendo esta, se já proposta, ser até mesmo suspensa até o resultado da ação penal (art. 64, parágrafo único, do CPP).

Note-se ainda que impor à vítima a obrigação de propor a transação penal ou a suspensão condicional, após ter ela trazido o autor do fato às barras do Juizado Especial, chega a ser cruel. A situação é diferente daquela em que a vítima oferece representação ou não; oferecida a representação, o Promotor de Justiça, que dispõe da ação penal e dela se encarrega, é quem decide se oferece a transação penal ou a suspensão condicional, exercendo seu poder-dever.

A solução encontrada por Fernando da Costa Tourinho Neto é radical: após expor que a questão é controvertida e mencionar autores contrários à transação penal em ação penal privada (Demercian, Assaf Maluf e Agapito Machado), aos quais podem ser acrescentados Damásio E. de Jesus, Lucas Pimentel de Oliveira, Marino Pazzagli Filho, Fátima Andrichi, Sidnei Beneti, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e outros, além de súmulas editadas em vários encontros de membros do Ministério Público, conclui: “entendo que, nessa hipótese, preenchidos os requisitos que possibilitem a transação, o juiz fará a proposta se o querelante e o querelado não a fizerem” (Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais, RT, 6 ed., São Paulo: 2009, pág. 604). O autor propõe simplesmente que seja subtraída da vítima a ação penal, dela desistindo o juiz em seu lugar, o que inegavelmente configura nova agressão àquela que dirigiu-se ao Poder Judiciário em busca de uma reparação legal pela primeira agressão sofrida.

2.3 Não há fase procedimental adequada à transação penal em ação privada

À vítima é dado por lei o poder de expressar sua vontade nos crimes de ação penal pública condicionada. Ela o faz a qualquer momento, se quiser, dentro do prazo legal, sempre, claro, antes da apresentação de proposta de transação penal, pois nos casos em que a vítima não representa o Promotor de Justiça não está autorizado a propor a transação. Havendo representação, há dois momentos em que o Promotor de Justiça pode apresentar a proposta: antes do início da ação penal, na fase prevista no art. 76 da Lei dos Juizados Especiais, ou no início da audiência de instrução e julgamento, antes do

oferecimento de defesa prévia e do recebimento da denúncia, na hipótese prevista pelo artigo 79.

Quanto à ação penal privada, é sabido que esta é iniciada pela queixa. Não havendo a composição dos danos civis, a vítima deve decidir se inicia o processo ou não. A Lei lembrou-se desse fato e até permite que a queixa-crime seja apresentada oralmente (art. 77, § 3º), obviamente através de advogado. Até então o Ministério Público não tem conhecimento da intenção da vítima. A ação não foi ainda iniciada. Não é juridicamente permitido que o Promotor de Justiça apresente proposta de transação penal, em razão de não ser parte, de não existir autorização da vítima, que não pode fazê-lo, ainda que quisesse, por falta de permissivo legal, e por não haver ação penal iniciada.

Na hipótese de ter sido apresentada a queixa-crime, estaremos diante de uma ação penal iniciada pela vítima, que já decidiu assumir despesas com advogado e que patrocinará uma ação na qual o Ministério Público intervém apenas como *custos legis*, não tendo este o poder de dispor da ação em troca de um acordo com o autor do fato. A seguir-se a solução encontrada por alguns autores, que sugerem que o ofendido seja convidado a autorizar a propositura de transação penal pelo Ministério Público, a vítima terá tomado a difícil iniciativa de processar o autor, efetuado gastos, e se verá de repente sendo instada a ceder sua legitimidade processual a outrem, em uma criação jurídica esdrúxula e totalmente divorciada do ordenamento legal brasileiro.

Ademais, ao Promotor de Justiça, na ação penal pública, é dada a possibilidade de encerrar o processo, com obtenção de julgamento, antes que este se inicie (exatamente porque, se não for o caso de arquivamento, não há uma terceira opção: ou é oferecida a transação penal ou a denúncia), o que é impossível para a vítima, pois somente nasce para o mundo jurídico e para o Poder Judiciário o procedimento pelo crime de ação privada com o oferecimento da queixa-crime. Admitir o contrário seria permitir que uma vítima que nem pretende processar o autor se visse de repente sendo convidada a propor transação penal em vez de um processo que não existiria. O réu, nesse caso, seria prejudicado. Por outro lado, se proposta a queixa-crime, não há mais que se falar em transação penal, pelas razões expostas em outros pontos do presente estudo.

2.4 Argumentos favoráveis e contrários à suspensão

Damásio E. de Jesus é enfático: na ação penal privada “não há suspensão condicional do processo, uma vez que já prevê meios de encerramento da persecução criminal pela renúncia, decadência, reconciliação, perempção, perdão, retratação etc.”. E segue citando decisões nesse sentido do TACrimSP e do TJMG, este último em decisão que teve como relator o Des. Alves de Andrade, embora mencione também decisões

contrárias a seu entendimento (Lei dos Juizados Criminais Anotada, 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 133).

Um dos argumentos contrários vem de Ada Pellegrini, Gomes Filho, Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, na obra *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*, p. 267-268, citados por Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, segundo os quais aqueles “entendiam diferente, mas mudaram de posicionamento, argumentando que ‘se o querelante pode o mais, que é perdoar, é evidente que também pode o menos (optar pela solução alternativa do litígio)’” (Juizados Estaduais Cíveis e Criminais, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, págs. 751 e 752).

O sedutor argumento traz, porém, uma armadilha. Note-se que no caso do Ministério Público o que era poder, nos dizeres da Lei, converteu-se em dever, ou poder-dever, por força dos intérpretes mais influentes. O mesmo ocorreria inevitavelmente com a suspensão condicional se o querelante dispusesse do poder de oferecê-la. Como a Lei, sabiamente, não previu esse poder, pelas razões expostas ao longo de todo o presente trabalho, fica a vítima poupada do constrangimento de ver-se instada pelo Juiz ou pelo Promotor de Justiça (*custos legis*) a oferecer a suspensão, medida que não atende aos seus anseios, além de não se ver obrigada a fazê-lo, como o Promotor de Justiça, quando o querelado reúne as condições previstas no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

Ada Grinover, citada por Sandro Lobato, traz argumentos em que demonstra preocupação somente com o réu e com o interesse público, em detrimento da vítima;

Consideram-se ainda (e esse argumento é de fundamental relevância) os interesses públicos gerais presentes no instituto da suspensão, que transcendem em muito os interesses pessoais dos envolvidos no litígio. Dentre aqueles destacam-se: ressocialização do infrator pela via alternativa da suspensão, reparação de danos sem necessidade de processo civil de execução, desburocratização da justiça, aplicação do Direito Penal e da pena de prisão como ultima ratio etc. Inviabilizada a suspensão na ação penal privada, nada disso será alcançado. Nem tampouco a meta político-criminal que o legislador quis imprimir para a chamada criminalidade de menor ou médio potencial ofensivo. Se até mesmo em relação aos crimes de ação penal pública, que envolve interesses públicos indiscutíveis, estes cedem para a incidência da suspensão do processo, com muito maior razão deve ser admitida em relação aos crimes de ação penal privada, onde predominam interesses privados. Pela própria natureza, estes a fortiori não contam com a primazia diante dos interesses públicos” (Questões criminais controvertidas na Lei 9.099/95).

Quanto ao interesse público, não há dúvida de que prevalece em muitos casos, mas tratando-se de ação penal, a de iniciativa privada é de muito maior interesse para a vítima, que por ela é responsável por lei, assume os ônus desta, e tem interesse direto em

seu resultado, ao contrário da ação pública, que visa a defender o interesse da sociedade em geral.

Por outro lado, a reparação dos danos, se não for obtida na fase de composição dos danos civis, para evitar o início do processo, certamente não o será como apenas mais uma condição da suspensão, o que seria um contrassenso.

3 A constitucionalidade da vedação da transação e da suspensão

Abordou-se acima a legalidade da vedação da transação penal e da suspensão condicional do processo na ação penal privada. Falta verificar a constitucionalidade.

A transação penal, lembre-se, foi instituída no Brasil através da Lei 9.099/95, em harmonia com a Constituição Federal, que permite, em seu artigo 98, inciso I, a transação penal “nas hipóteses previstas em lei”. Vejamos a íntegra do dispositivo constitucional:

Art. 98 - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Como se vê, a Constituição da República não exige que a transação penal e a suspensão condicional se apliquem a todos os tipos penais nem a todos os autores. Ela deixa a tarefa de distinguir para a Lei. E a distinção feita pela Lei não ofende os princípios constitucionais. Apenas trata de forma diferente fatos diferentes e que têm ação penal especial.

Esse é o entendimento de Paulo Rangel, que a respeito do tema assim se manifesta, de forma esplêndida:

A Constituição Federal, ao permitir que os Juizados Especiais Criminais realizassem a transação penal e adotassem os procedimentos oral e sumaríssimo, deixou o legislador ordinário à vontade para estabelecer o devido processo legal e este é o descrito no art. 76. Foi a própria Constituição Federal que estabeleceu o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV) e foi a própria Constituição Federal (art. 98, I) que permitiu que o legislador ordinário estabelecesse como seria a transação. É a Constituição Federal excepcionando ela mesma (Direito Processual Penal, Lumen Juris Editora, 17 ed., Rio de Janeiro: 2010, pág. 289).

Doutrina e jurisprudência não são unânimes, mas há orientações no sentido da inconstitucionalidade, ao argumento de que todos os autores do fato merecem as medidas despenalizadoras, tenham eles cometido infrações de ação penal pública ou privada, em razão de uma misteriosa analogia entre os tratamentos a serem dados aos autores.

A analogia, no caso em foco, deve ser afastada de plano, pois esta, em Direito, somente se aplica aos casos em que a lei é omissa. Não é o caso.

Resta uma possível necessidade de igualdade de tratamento. O argumento cai por terra, contudo, quando se compara tudo que envolve os crimes de ação penal privada e os de ação pública. Ora, a própria ação penal é diferente. Os crimes de ação privada são tão especiais que o Promotor de Justiça não é parte legítima para a ação penal. E ninguém, na atualidade, tem a ousadia de afirmar que é inconstitucional a diferença de tratamento aos diferentes autores.

Não se pode pretender igualar o que é diferente. O autor de exercício arbitrário das próprias razões, por exemplo, comete um crime especial. Fosse comum o crime, a ação penal poderia ser pública, condicionada ou não.

Fernando da Costa Tourinho Neto arrola os crimes de ação penal privada que podem ser julgados pelos Juizados Especiais Criminais:

Os crimes contra a honra (calúnia, CP, art. 138; difamação, CP, art. 139; injúria, CP, artigo 140); os de alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório (CP, art. 161, § 1º, I e II), quando não houver emprego de violência e se tratar de propriedade particular – v. § 3º. Os de dano (CP, art. 163, caput, c/c o art. 167); o de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (CP, art. 164 c/c o art. 167); o de fraude à execução (CP, art. 179); os de violação de direito autoral (CP, art. 184 c/c o art. 186, D); os de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (CP, art. 236 c/c o seu parágrafo único); o de exercício arbitrário das próprias razões, desde que não haja violência (CP, art. 345 c/c seu parágrafo único); os crimes previstos nos artigos 183 a 190 e 192 a 195 c/c o art. 199 da Lei 9.279, de 1996, que regula os direitos e obrigações relativos a propriedade industrial (Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais, RT, 6 ed., São Paulo: 2009, pág. 441).

Nota-se que são crimes especiais, de maior interesse da vítima que do Estado. Alguns autores alegam que a vítima, nesses casos, age como auxiliar da Justiça e, na condição de titular da ação penal, tem o dever de colaborar com a Justiça, chegando ao ponto de ter que sacrificar a ação penal e concordar com a transação penal ou com a suspensão condicional. Ocorre que a Justiça é que tem o dever de dar uma resposta às vítimas e à sociedade; a esta, englobando as vítimas, quando se tratar de crimes que envolvem o interesse social, como nos casos de furto, tráfico de entorpecentes ou homicídio, por exemplo; àquelas, quando se tratar de crimes em que a própria vítima se

encarrega da ação penal, por interesse próprio, seja em defesa da honra, da propriedade ou de outro bem que lhe seja caro e tenha sido lesado ou esteja em vias de sê-lo.

A respeito da ação penal privada, vejamos as sábias palavras de Paulo Rangel:

O ofendido (ou seu representante legal) promove a ação penal de iniciativa privada se quiser, se for de seu interesse, se o momento de propor for oportuno ou, se oportuno, houver conveniência nesta propositura. Assim, diferente da ação penal pública, que é regida pelo princípio da obrigatoriedade, a de iniciativa privada dá a faculdade ao ofendido para verificar se vale a pena o escândalo do processo para a punição do criminoso, ou se é melhor a impunidade em vez da publicidade de um fato que diz mais respeito à vida íntima do ofendido (Direito Processual Penal, Lumen Juris Editora, 17 ed., Rio de Janeiro: 2010, pág. 266).

Ainda sobre a excepcionalidade da ação penal privada, assim se manifesta Fernando Galvão:

A lei determina os casos de ação privada, estabelecendo expressamente quais são as ações penais que deverão ter início por meio de queixa-crime. Nos crimes de iniciativa privada, o legislador reconheceu que a publicização do fato, pela persecução penal, poderia ofender ainda mais os interesses do lesado e, assim, conferiu a este um juízo de oportunidade e conveniência sobre a propositura da ação penal (Direito Penal – Parte Geral -, Del Rey, 2 ed., Belo Horizonte: 2007, pág. 556).

Favoráveis à tese da inconstitucionalidade da vedação, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Flávio Martins Alves Nunes Júnior, em artigo no site www.tjrj.jur.br (A Transação Penal nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Privada), afirmam que

a admissão da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo apuradas mediante ação penal de iniciativa privada é, no nosso entendimento, a única tese que se coaduna com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Nota-se que os autores, além daqueles que compartilham de sua opinião, atropelam todas as razões que conduzem à existência da ação penal privada, olvidando ainda que a vítima, assim como o réu, é pessoa humana e deve ter sua dignidade preservada. Os operadores do direito devem ter em mente também que para a vítima seria extremamente frustrante ver sua ação penal resultando em mais uma transação penal ou em uma suspensão condicional, o que não propicia a execução no juízo cível e, mais grave, contribui para aumentar a dor causada pelo crime, diante da frustração da extinção

do processo sem julgamento do mérito, em vez do consolo e dos efeitos sociais causados pela sentença condenatória ou pela composição dos danos civis, que é muito mais considerada pelo autor do fato quando não há a possibilidade da transação penal ou da suspensão condicional.

3.1 Ninguém é escolhido aleatoriamente para ser “autor do fato”

Quando os doutrinadores defendem que se estendam a todos os autores alguns direitos destinados aos casos previstos em lei, fica-se com a impressão de que os autores talvez sejam vítimas de um “sistema”, “da “sociedade” ou de outra entidade não definida que dirige os destinos dos seres humanos e por isso merecem tratamento especial, superior ao que é dado à vítima. Ora, o autor do fato somente é processado ou recebe uma proposta de composição civil, transação penal ou suspensão condicional após ter sido apontado como autor de um crime ou contravenção. Ele não é sorteado para ocupar aquele desagradável lugar. Sobre ele pesa uma acusação, já formalizada ou não. Sendo o indigitado autor do fato merecedor, em razão de suas condições pessoais e do crime ou contravenção do qual é suspeito, receberá ele a proposta despenalizadora; não sendo o caso de transação penal ou suspensão condicional, por suas condições pessoais ou por tratar-se de crime de ação penal privada, restam ao autor do fato a composição dos danos civis ou, em último caso, a defesa processual, na qual ele poderá, com todas as garantias constitucionais, exercer seu sagrado direito de defesa, através do amplo contraditório permitido pelo Direito Brasileiro. Sendo culpado, sofrerá as consequências; se inocente, será absolvido (salvo nos casos em que pode ocorrer erro, como em qualquer processo, inclusive da Justiça Comum, ou outra atividade humana) , pois a condenação não se dá, em nosso direito, sem a certeza do fato e da autoria. É o que determinam as leis, em harmonia com a Constituição.

3.2 A vítima necessita do julgamento

Registre-se ainda que além do conforto pessoal dado pela sentença, muito mais importante é o reconhecimento público dado pelo Poder Judiciário de que o querelante foi vítima e não autor, quando se tratar, por exemplo, de ação penal por crime contra a honra. A vítima, em tais casos, necessita da sentença. O que foi dito, escrito ou manifestado por gestos e até agressões físicas pelo réu já é público. Antes da sentença é a única versão que existe. Após a sentença condenatória, no entanto, tem a vítima a oportunidade de demonstrar à sociedade que sua honra foi injustamente agredida.

Pergunte a um indivíduo honesto sobre qual crime o atingiria mais: uma lesão corporal leve ou uma calúnia. É fácil concluir que no caso da lesão ele seria o tempo todo perfeitamente identificado como a vítima, com a simpatia de todos, teria sua história de vida preservada e aguardaria sua consequente recuperação sem sequelas. No caso da calúnia, sua imagem pública. poderia nunca mais ser recuperada. A sentença, *in casu*, se não corrige totalmente o mal, pelo menos serve para diminuir-lhe os efeitos. A mídia se encarrega dos exemplos, por todos conhecidos.

Não se está pretendendo aqui fomentar um confronto entre os direitos do réu e da vítima. A análise, no caso em foco, se restringe ao fato de que não cabe ao aplicador do direito estender os efeitos benéficos de um dispositivo legal a casos não contemplados, desde que a diferenciação não seja inconstitucional, sob pena de vermos-nos em um futuro próximo igualando todos os réus e condenados, independentemente do crime, da pena e de suas condições pessoais.

Acrescentam ainda os autores acima citados: “Ora, se a vítima pode fazer o mais (que é renunciar ou oferecer a queixa), certamente pode fazer o menos (que é propor a transação penal)” (Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Flávio Martins Alves Nunes Júnior, em artigo no site www.tjrj.jur.br - A Transação Penal nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Privada).

Não há, porém, previsão legal nem constitucional para esse poder, o que foi realçado acima e será melhor demonstrado a seguir.

3.3 Algumas comparações

É necessário que se façam comparações para viabilizar um raciocínio mais arejado.

Como amplamente sabido, o furto, por exemplo, de ação penal pública incondicionada, não permite à vítima a opção entre processar ou não. Tendo o poder público tomado conhecimento do fato, não cabe mais à vítima a opção. Se o indivíduo opta por um furto em um hotel para poder se hospedar em outro, ele será processado pelo Ministério Público pelo furto, independentemente da vontade da vítima; se por outro lado ele decide se hospedar no hotel que furtaria e não pagar a conta no dia seguinte, a vítima poderá preferir não oferecer representação (o crime do art. 176 do CP é de ação penal pública condicionada). Como se vê, são casos diferentes, previstos em lei, e com soluções processuais diferentes. Para que não se diga que o prejuízo do furto é maior, frise-se que é possível que o hotel estivesse com sua lotação completa e tenha deixado de hospedar outra pessoa naquele quarto, além das despesas que teve com o hóspede, como café da manhã e demais serviços com roupa de cama etc. E o valor da diária, ali, pode ser maior

que o valor da coisa que seria furtada para pagamento a ser feito em outro estabelecimento.

Ninguém, em sã consciência, afirmaria que de acordo com os princípios da analogia, da dignidade da pessoa humana ou aqueles norteadores do processo penal em geral etc. a vítima de furto poderia se manifestar contrariamente ao processo. Salvo equívoco, não há defensores da aplicação da analogia, nesse caso, diante da legislação penal atual, que diferencia os bens jurídicos tutelados.

3.3.1 Mais comparações

Sandro Carvalho Lobato, Promotor de Justiça no Maranhão, no artigo “Questões criminais controvertidas na Lei 9.099/95”, também faz comparações, as quais serão a seguir transcritas e analisadas.

Por outro lado, não admitir transação penal em ação penal privada afronta o princípio da igualdade, isto porque autores de crimes de menor potencial ofensivo seriam tratados de forma desigual somente pelo fato do crime ser de ação pública ou privada.

Para compreender melhor a ofensa ao princípio da igualdade, eis um singelo exemplo: crime de injúria, nos casos de ação penal pública, caberia transação (quando o crime é mais grave, cometido contra autoridade); e quando cometido contra particular, onde a ação penal é privada e o crime menos grave, não poderia.

Outro exemplo: crime de desacato, cuja pena é de até dois anos, admite transação. Já o dano, cuja pena é de um ano, não poderia haver transação. Ou seja, o autor de um crime mais grave (no caso o desacato) pode receber uma medida despenalizadora, já o autor de um crime menos grave (dano), não. Além da desigualdade, fuge à lógica!

O artigo de Sandro Carvalho, sobre várias questões controvertidas, é de excelente qualidade, mas no caso em foco algumas observações em sentido contrário podem ser feitas.

Quanto ao crime de injúria, há uma enorme diferença entre o cometido contra o particular e o funcionário público, “em razão de suas funções” (art. 141, II, do CP). No primeiro caso, a ofensa é pessoal e pode envolver qualquer situação em que a honra subjetiva da vítima é ofendida; no segundo, é necessária uma relação profissional entre a ofensa e a vítima. Não se configura a hipótese do inciso II do art. 141 do CP se a ofensa não for perpetrada em razão das funções da vítima. Neste caso, a ofensa é muito mais ao Estado que à vítima, tanto que aquele assume o ônus de processar o autor, em defesa da ordem, das instituições etc.

O mesmo ocorre com o desacato, em comparação com o dano. O crime de desacato ofende a instituição, muito mais que o indivíduo. O Policial Militar, por exemplo, sabe que os xingamentos (tão comuns) não são dirigidos a ele, mas à Instituição que ele representa. O Policial não se sente pessoalmente atingido. Quanto ao dano cometido contra o patrimônio privado, a ofensa é pessoal. O dano, obviamente doloso, único punível criminalmente, configura uma grave ofensa e até mesmo o prenúncio de agressão pessoal.

4 A troca da agressão moral pela física: um infeliz argumento

As pesquisas sobre o espinhoso tema conduzem aos mais diversos entendimentos, muitos deles respeitáveis, sempre em busca da aplicação da Justiça, mas há outros que, *data venia*, demonstram uma certa falta de compromisso.

O saudoso Juiz Ronaldo Leite Pedrosa faz uma comparação entre crimes que seria até mesmo divertida em uma palestra para leigos, por exemplo, mas que não se sustenta no meio jurídico. Vejamos o raciocínio:

“Imagine-se o pensamento de alguém intencionado em praticar um delito: ‘se eu xingar o meu desafeto, não recebo transação penal; mas, se eu o agredir fisicamente, recebo: então, vamos aos tapas...’” (*Ofendido Pode Propor Transação Penal*, in www.justicavirtual.com.br).

A situação imaginada pelo autor, que continua a merecer nosso respeito pelo seu brilhantismo, não encontra eco no mundo real. A diferença entre xingar e dar tapas é abismal. O xingamento, a difamação ou a calúnia podem ser perpetrados à distância. A agressão física, ao contrário, costuma exigir a presença (há a exceção dos crimes cometidos por mandantes) e pode resultar em reação imediata, com consequências imprevisíveis para o agressor. Os tais tapas podem render ao autor bem mais que uma transação penal...

Acrescente-se que ainda que o autor faça a improvável escolha e seja bem sucedido ao proferir os tapas, estes podem ser considerados crime contra a honra, conforme prevê o art. 140, § 2º, do CP, que impõe ao autor do fato pena maior que a do *caput* do referido artigo.

Frise-se, finalmente, que nos casos reais em que se pode comparar a gravidade dos crimes contra a honra e a daqueles leves contra a pessoa, não há dúvida de que as agressões contra a honra frequentemente doem muito mais e machucam muito mais profundamente, além de trazerem consequências sociais imprevisíveis. Por isso o tratamento legal diferente.

A prática, enfim, demonstra que quem ofende a honra tem objetivo e motivação diferentes dos de quem ofende a integridade física.

O mesmo se pode afirmar em relação aos demais crimes de ação penal privada, acima relacionados, em relação à motivação e às conseqüências, o que inviabiliza a transação penal e a suspensão condicional do processo, como sabiamente previsto pelo legislador.

Conclusão

A Lei 9.099/95, em harmonia com os princípios que regem a ação penal privada, limita expressamente a transação penal e a suspensão condicional do processo às infrações de ação penal pública e pública condicionada, o que não encontra impedimento constitucional, não podendo o benefício ser estendido aos autores de crimes de ação penal privada.

Referências bibliográficas

TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*. 6 ed., São Paulo: RT, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais – Lei 9.099/95*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho e NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *A Transação Penal nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Privada*. www.tjrj.jur.br.

LOBATO, Sandro Carvalho. *Questões criminais controvertidas na Lei 9.099/95*.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Ofendido Pode Propor Transação Penal*. www.justicavirtual.com.br

JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz e FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial – Volume 1*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Defesa do direito à educação de qualidade: Por um Ministério Público promocional e pró-ativo

**Cláudia de Oliveira Ignez
Promotora de Justiça da Comarca de Itabirito / MG**

1. Introdução.

“Nascemos fracos, precisamos de força, nascemos desprovidos de tudo, temos necessidade de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos adultos, é-nos dado pela educação.(...) Na ordem natural, sendo os homens todos iguais, sua vocação comum é o estado de homem; e quem quer que seja bem educado para esse, não pode desempenhar-se mal dos que com esse se relacionam. Que se destine meu aluno à carreira militar, à eclesiástica ou à advocacia pouco me importa. Antes da vocação dos pais, a natureza chama-o para a vida humana. Viver é o ofício que lhe quero ensinar. Saindo de minhas mãos, ele não será ,concordo, nem magistrado, nem soldado, nem padre, será primeiramente um homem. Tudo o que um homem deve ser, ele o saberá, se necessário, tão bem quanto quem quer que seja; e por mais que o destino o faça mudar de situação, ele sempre estará em seu lugar” Jean-Jacques Rousseau.

É sabido que, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o a instituição ministerial assumiu nova feição, tendo para si traçados novos rumos.

Hoje, tem-se que o Ministério Público deve abandonar sua antiga configuração de instituição reigente, passando a assumir nova postura de órgão promocional.

Neste sentido, não há como não subscrever o ensinamento de Fabio Konder Comparato, quando este consagrado autor afirma: “ora, no Estado contemporâneo, o Ministério Público exerce, de certo modo, esse poder impediante, pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto se acresce, ainda, a nova atribuição de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos. A conjugação de ambas essas atribuições, a impediante e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou

indiferente, diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos".¹⁷

É firme nesta convicção que temos como assentado que o direito à educação não se deve resolver de maneira meramente quantitativa, mas também qualitativa.

Isto é, sob o signo da proteção e garantia do direito à educação deve também comparecer que não basta o acesso aos meios para se educar, é necessário que tais meios sejam suficientes e idôneos, isto é, necessário que tais meios sejam meios qualitativamente sustentáveis.

O direito à educação, em ambiente formal, não pode ser garantido com o mero ingresso de estudantes nas escolas, não pode ser mero amontoado numérico de alunos, mas a efetiva formação humana que a educação deve veicular passa por outros caminhos: a qualidade do ensino.

Defendemos a universalização da educação básica ou fundamental qualitativamente suficiente como vetor máximo de orientação no combate à inserção cíclica e massificada dos jovens oriundos de famílias de baixa renda, em organizações criminosas, no odioso ciclo de punição globalizada da miséria, tão em voga modernamente. Propomos uma deflagração sistêmica e ostensiva de um Programa educacional de sério combate à evasão escolar e de reinserção social, fomentado por programas emergenciais de redistribuição de renda, com o fito de se implementar de forma material, o conceito moderno de isonomia e de cidadania.

Passando ao largo dos inúmeros insucessos observado, nos decantados programas políticos de atendimento à infância brasileira, eis a proposta da tese presente: a defesa de que o Ministério Público, enquanto órgão promocional, pró-ativo, deve velar pelo resguardo da qualidade dos processos educativos, não apenas garantido o acesso aos meios, mas tentando garantir que tais meios sejam qualitativamente sustentáveis.

2. Resguardo dos padrões de qualidade na educação no ensino básico e superior: uma disposição de luta ministerial.

“Corruptissima republica plurimae legis” Tácito (Anais, 3, 27,3)

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 40, jul./dez 2001. p. 63

Educar é, já pela origem etimológica do termo, conduzir e formar. Trata-se de um processo de desenvolvimento total, tanto que os gregos nomeavam o processo como Paidéia, algo como formação holística do humano, cultural e historicamente integrado.

Somente pelo processo educacional o homem pode dar conta de si mesmo, de suas relação com os outros e, com isto, promover-se a um estado de maior progresso individual e social.

Educar, portanto, não é meramente instruir, agregar informações, em número. É formar, promover a condição de humano, enfrentar-se com as negatividades de todo processo diminuidor do humano.

Não basta viver, pensar o viver é essencial, torna-o digno de ser vivido, como já o dissera o velho Sócrates ao anunciar que “uma vida não pensada não é digna de ser vivida.”

Enfim a educação repropõe ao humano suas próprias escolhas, torna-o senhor de si, sujeito construtor de seus caminhos.

Falar, portanto, de educação impõe discutir a qualidade dos procedimentos que ela comporta. O mero acesso à educação é um *minimum*, insuficiente. Daí que as políticas de valorização dos docentes, de melhoria das instituições de ensino, de democratização da participação dos pais e de toda a sociedade nos rumos da educação devam ser metas a serem alcançadas.

Se é consenso que a educação é processo transformador, é preciso discutir a qualidade que esta transformação deve assumir. Assim, a educação, qualitativamente garantida, poderá ser compreendida como mola propulsora formativa do direito humano à vida, para a formação de uma sociedade mais igualitária e solidária.

3. Bases estruturantes do tema proposto.

A Constituição Federal de 1988 , no capítulo III, em seus artigos 5º e 6º c/c 205 usque 214, sacramenta as bases formadoras para o desenvolvimento educacional de uma Nação, qual seja, diretrizes e os objetivos do sistema educacional do País

O texto constitucional, no art. 205, estabelece: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa , seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho”

Assim temos como base principiológica: liberdade e a igualdade, vinculando as entidades educacionais públicas e privadas a garantir uma boa qualidade de ensino – art. 206 da C. F.

Alcançar a efetividade do direito em tela, trazendo paz social, com o viés humano primordial de potencialização do DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA (padrão aceitável), como um direito humano hábil e legítimo ao combate à pobreza em universo, onde aproximadamente um bilhão de pessoas vivem com menos de um dólar americano ao dia e são analfabetos.

Aproximadamente metade da população mundial está excluída do acesso/oportunidades e benefícios sociais globais, o que somente se alcança, com um agenda de cooperação mútua de desenvolvimento econômico, aliados à uma melhor distribuição de renda, como fator de mobilidade das camadas mais pobres da população.

Segundo o relatório da ONU acerca dos objetivos do milênio, ocorre o fenômeno atual, nos países ricos onde a pobreza e a desigualdade aumentam, posto que se evidencia o brutal crescimento econômico, destituído de mobilidade social, o que também, se verifica nas conclusões do relatório da Organização para o Desenvolvimento Econômico _OMCE

O direito humano à educação em um pacto federativo como o brasileiro tem que primar no sentido de que a temática em enfoque é central, e deve obstinadamente, perseguir a aplicação de pelo 7% do PIB para equalizar as oportunidades de acesso, permanência e suficiência do processo educativo, reconhecendo a prioridade da edição de políticas básicas de atenção as meninas (como instrumento de ruptura do cíclico e hediondo viés de pobreza, analfabetismo, violência e exclusão educacional de suas progenitoras), bem como, é as crianças em situação de extrema vulnerabilidade social e familiar, como público alvo.

No século XXI, por força do Neoconstitucionalismo, é ao Poder Judiciário e, evidentemente, a outros órgãos promocionais, que caberia a luta pela eficácia e implementação material do direito à educação de qualidade, em que pese, o dissídio jurisprudencial estabelecido, acerca da negativa de judicialidade ao rol do direitos sociais, NA FORMA DO ART. 208 § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Neste sentido, pode-se falar em um protagonismo judicial e do Ministério Público, mormente com a judicialização das Ações Civis Públicas. Cumpre a eles o papel de

promover e garantir o acesso e, como propomos, manter vigilância quanto à qualidade da educação a que se garante o acesso.

A educação básica, por qualificar-se como direito fundamental, não se expõe, em seu processo de concretude a avaliações discricionárias da Administração Pública, NEM SE SUBORDINA AO PURO PRAGMATISMO GOVERNAMENTAL(...) RE Nº 436.996 – AG. REGIMENTAL. – REL.MIN. CELSO MELLO.

O direito à educação de qualidade como direito público subjetivo, é justiciável e eficaz enquanto direito fundamental, inerente, indissociável e irrenunciável do direito de personalidade.

Creemos que a teor da majoritária doutrina pátria e estrangeira, o direito à educação é direito fundamental e de personalidade; é direito natural (é uma ordem indissociável da natureza humana); pode ser lido como público subjetivo, ex vi legis dos artigos 5º e 6º da C.F., integralmente, ligado ao direito à vida, como se extraí dos artigos 205, 214 usque 227 e 229 da Magna Carta Federal, combinados com o art. 5º da Lei 9.394/96, e, com os artigos 38 e 246, do Código Penal brasileiro.

O direito à educação deve ser categorizada com direito fundamental da pessoa humana e direito de personalidade, com os liames estreitos de adaptação da doutrina civilista ao rol das liberdades constitucionais.

4. O ministério público como garantidor por excelência do direito à educação de qualidade.

O Ministério Público no mister de garantidor por excelência da efetivação dos Direitos Fundamentais, nos lindes do art. 201, inciso VIII, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), zela indeclinavelmente pelo Direito à Educação de Qualidade, sendo insustentável juridicamente a recusa de alguns Juízes acerca de sua legitimidade “ad causam” e “ad processum” para o manejo de ações que tutelem a ameaça ou a violação de direitos dessa ordem, ex vi legis da disposição que confere ao *Parquet* a função institucional de “*zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes*”, podendo, para tanto, expedir recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua efetiva adequação (art.201, § 5º, alínea “c”, do mesmo Diploma Legal), acordes com as disposições constantes do art. 127, *caput*, da

Constituição Federal, e do art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que asseguram à criança e ao adolescente, com ABSOLUTA PRIORIDADE, a efetivação, por parte da família, da sociedade e do ESTADO, dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à EDUCAÇÃO, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Cabe ao *Parquet* a defesa da ORDEM JURÍDICA, do REGIME DEMOCRÁTICO e dos INTERESSES SOCIAIS e INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS, estando compreendida em sua função institucional zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias assegurados a crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias a sua garantia, podendo tomar compromisso de ajustamento de conduta, o qual terá força de título executivo extrajudicial.

Ora, se o art. 6º da Constituição Federal elenca a EDUCAÇÃO como DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL, INALIENÁVEL e INDISPONÍVEL, e em seus arts. 205 e seguintes, deixou patente que a EDUCAÇÃO é DIREITO DE TODOS e DEVER DO ESTADO, trazendo os princípios pelos quais a obrigação do Poder Público será cumprida e os interesses sociais resguardados, cabe ao *parquet* fiscalizar, adequadamente, a oferta, acesso e desenvolvimento de uma educação de qualidade.

Para a contenção do arbítrio do administrador público, em prol da concretude das políticas públicas fundamentais e sociais, afastando, em absoluto o princípio da reserva do possível, com o manejo do contingenciamento, com o fim de incluir as novas gerações, oriundas de nichos de miséria, no patrimônio cultural acumulado.

5. Algumas indicações práticas para verificação de uma educação de qualidade.

Passamos a enumerar, exemplificativamente, algumas ações possíveis, de um ponto de vista de um adequado programa de ação, no sentido de garantir o direito a uma educação de qualidade:

1. A defesa da integralização da educação ou a jornada ampliada, com contra turno, garantia de acesso amplo à educação deve se coligar a políticas de permanência na unidade escolar, sobretudo com foco em setores socioeconômicos de exclusão;

2. Desenvolvimento de currículos e quadros pedagógicos com o jaez de maior legitimidade e coesão com os arranjos produtivos locais , respeito a regionalidade e culturas locais(cardápio, hortas), ajuste de realidades comunitárias rurais, em épocas de plantio e colheita, principalmente, criar programas educacionais para as diversidades em existência na área de georeferenciamento, como : cursos profissionalizantes para catadores de papel, camelôs, trabalhadores de economia informal, gestantes, pedreiros, dentre outros;
3. Utilização em maior escala do instituto da progressão automática, como política preventiva dos casos de repetência, eliminando o errôneo discurso popular da aprovação automática, e o alto custo material e psicológico do processo de reprovação, com programas de reforço escolar no contra turno escolar e diminuição da distorção idade\serie;
4. Criar nas secretarias estaduais de educação a obrigatoriedade de fomentar a profissionalização dos jovens, voltadas para os arranjos produtivos locais, notadamente o programa de aprendizagem, ou criar políticas públicas de fomento ao ingresso de jovens oriundos das escolas públicas no mercado laboral, criando cotas de inclusão laborativa, notadamente, para os alunos de baixa renda, com público alvo os alunos da educação básica , pública;
5. O estabelecimento de norma federal , como marco regulatório para o ingresso nos programas da rede “s” , e nas escolas técnicas, criando um número de cotas sociais para democratizar o acesso de jovens de baixa renda;
6. Combate ao cartesianismo nas políticas publicas educacionais, equipe multidisciplinares de intervenção nos focos de exclusão do público alvo do sistema educacional, notadamente centrados, nas políticas de combate as causas socioeconomicas de evasão e insucesso escolar, que se concentram nas razões excludenciais
7. Reconhecimento das questões de invisibilidade das camadas mais pobres da população – estratégias de coordenação de politicas intersetorial e abertura da escola à integração comunitária – menor índice de violência – fator de emponderamento comunitário, principalmente, com foco em atividades de protagonização, profissionalização e de educação cidadã, para as famílias com viés matricial;
8. Educação de qualidade para todos na primeira infância priorização das crianças em situação de maior vulnerabilidade, sob o viés inclusivo, daquelas oriundas de famílias monoparentais, visando o combate a pobreza, violência e a desnutrição;

9. Estabelecimento e normatização de um padrão mínimo de insumos e estrutura de uma sala de aula, questão do número de alunos por sala, para além , da otimização e democratização dos recursos de informática ,programas suplementares de transporte , merenda e livros escolares e didáticos;
10. Combate irrestrito ao trabalho infantil, notadamente , no que pertine ao rol das piores formas de trabalho infantil, listadas nas convenções da OIT, a exemplo de crianças em lixões, minas, exploração sexual, trabalho escravo(piores formas de exploração de mão-de-obra), vendedores em sinais de trânsito, pedintes;
11. Responsabilização jurisdicional dos pais ou responsáveis legais pelo abandono (gênero) de seus filhos, com a inclusão de efeitos secundários da pena, a obrigatoriedade de freqüência a cursos de direitos humanos, cidadania, e prestação de serviços comunitários gratuitos, visando a criação de uma identidade de responsabilidade social, parental, comunitária , enfim, protagonização com elevação de estima;
12. Quebra do paradigma de afastamento das demandas educacionais das esferas do judiciário,quando se trata de demandas de direitos humanos violados em desfavor de crianças e adolescentes, onde os limites do Administrador, acerca do que é conveniente e oportuno para as políticas públicas, não pode acatar o discurso hediondo da reserva do possível, sendo ético e legal que as esferas de resolutividade ministerial sem imponham a qualquer opção política violatória dos direitos HUMANOS;
13. Estabelecimento de novos arranjos sociais para a escola, espaço privilegiado de saber e de proteção contra toda à forma de violência contra a criança e o adolescente;
14. Melhoria dos índices econômicos e sociais, é o melhor antídoto para a violência que é fenômeno que perpassa os meios policiais e judiciais , a “mora legislatoris” no que tange a edição de atos normativos preventivos em sede educacional;
15. Protagonismo juvenil – desenvolvimento de estruturas curriculares abertas e não-convencionais de oferta de educação para os jovens, evitando-se a multiplicidade de disciplinas e excessivo fracionamento de conhecimento, aparente conflito entre cultura escolar e juvenil;
16. A meritocracia como fator indutor da formação inicial e continuada dos docentes, mediante um adicional de resultados com enfoque no aprendizado/rendimento escolar, não centrado no viés da aprovação escolar pura e simples, centrado em atividades esportivas, culturais, de cuidados básicos, dentre outras ;
17. A criação de promotorias de justiça e juizados especializados na educação, para além das delegacias de proteção a infância, juventude e educação;

6. Conclusões, em destaque:

1. O novo paradigma de atuação institucional do Ministério Público deve primar pela ação promocional, pela pró-atividade destacando-se, neste contexto, a luta em favor da defesa de uma educação de qualidade, inclusiva e efetivadora de uma sociedade humana justa e solidária;
2. A defesa do direito à educação não se reduz à garantia de acesso aos estabelecimentos formais de ensino, mas implica em buscar garantir a permanência dos educandos no sistema formal, adequando-se este a políticas públicas de formação humana integral;
3. O Ministério Público, cumprindo sua missão institucional, deve velar não somente pela garantia de acesso ao sistema educacional, mas deve agir pró-ativamente, no sentido de promover junto aos órgãos executivos, do Poder Legislativo e Judiciário ações aptas a garantir não somente um mínimo de qualidade, mas direcionando suas ações rumo à afirmação de uma sempre mais aprofundada e ampla qualidade da educação pensada, holisticamente, em todas as suas dimensões.

Validade do art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/1998 (Lei de “Lavagem de Dinheiro”)

Denilson Feitoza Pacheco
Procurador de Justiça e Doutor em direito

O art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/1998 (Lei de “Lavagem de Dinheiro” – LLD) estabelece: *No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal.*

O art. 4º, § 3º, da LLD, por sua vez, tem a seguinte redação: *Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do art. 366 do CPP.*

Antônio Scarance Fernandes entende que se tornaria impossível a conciliação do art. 2º, § 2º, com o art. 4º, § 3º, da LLD se não se aplicasse o art. 366 do CPP aos processos por crimes de “lavagem de dinheiro”, pois aquele veda a aplicação e este só a restringe no tocante às medidas cautelares de apreensão e sequestro, o que tornaria inócua sua ressalva (note que a restituição a que se refere o art. 4º, § 3º, é a relativa à apreensão e ao sequestro mencionados no art. 4º, *caput* e §§ 1º e 2º). Ademais, a restrição do art. 2º, § 2º, da LLD representaria “retrocessos e grave restrição ao exercício da defesa”. Cita, por fim, em nota de rodapé, a posição de Marco Antônio de Barros de que o art. 366 do CPP “consagra garantia necessária do contraditório e da ampla defesa, evitando o processo do *faz-de-conta* e condenações injustas” e que, portanto, não deveria ser aplicado o art. 2º, § 2º, da LLD¹⁸.

Vejamos nosso entendimento a respeito.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não são absolutos. Por força do princípio constitucional implícito da proporcionalidade, deve haver uma ponderação, no caso, entre eles e o princípio da igualdade ou isonomia. Assim, se identificamos o elemento diferencial dos agentes ou acusados de uma espécie de crime em relação à

¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 294-5.

generalidade de outros agentes e crimes, podemos instituir tratamentos diferentes, na medida de suas desigualdades.

A "criminalidade macroeconômica" e as "organizações criminosas" possuem uma capacidade de causar danos à sociedade e ao Estado como um todo que são inimagináveis na ótica da generalidade de crimes que um cidadão comum pode praticar, com seus danos normalmente individualizados e comparativamente pequenos.

Por exemplo, a adulteração de combustível já se constituiu num percentual do produto interno bruto do Brasil, sem esquecer que o combustível é uma das principais fontes estaduais de arrecadação de ICMS, o que deixa de ocorrer com a adulteração, acarretando gravíssimas conseqüências para a execução das políticas sociais (escolas, hospitais, empregos etc.) por falta dos recursos econômicos necessários.

Segundo dados apresentados por Michel De Feo e Ernesto Savona no Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado, realizado na Itália em 1994, o crime organizado movimentaria cerca de 850 bilhões de dólares americanos por ano, no mundo¹⁹. Relatório anual do Programa das Nações Unidas pela prevenção do abuso e do tráfico ilícito de entorpecentes de 1997 avaliou que somente o tráfico de entorpecentes giraria cerca de 400 bilhões de dólares americanos anualmente²⁰. Estimativas mais recentes do Banco Mundial apontam que, atualmente, apenas o tráfico de entorpecentes já estaria em torno de 500 bilhões a um trilhão de dólares americanos por ano. Cerca de 10% do produto nacional bruto do México, que é uma economia do porte do Brasil, e 3% do produto interno bruto da Itália são produzidos por organizações criminosas²¹.

Essa imensa quantidade de recursos financeiros tem de ser submetida a um planejamento especializado e muito bem organizado de "lavagem de dinheiro" (lavagem de ativos).

Portanto, o poderio econômico-financeiro das organizações criminosas é suficiente para desestabilizar a economia de um país ou mesmo impedir seu desenvolvimento. Além de sua capacidade de corromper instituições públicas e privadas, as organizações

¹⁹ DAVID, Pedro R. *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*. Milão: Giuffrè, 2001. (Título original: *Globalización, prevención del delito y justicia penal*), p. 40

²⁰ *Ibidem*, p. 2.

²¹ *Ibidem*, p. 23 e 21.

criminosas conseguem interferir nos mais variados aspectos da sociedade, como o social, político, econômico-financeiro e mesmo cultural.

Realisticamente, a Lei de “Lavagem de Dinheiro” se destina a uma outra espécie de agente e de criminalidade, o que enseja, portanto, um tratamento diferenciado, conforme permite o princípio constitucional da igualdade. O tratamento desigual procura igualizar *materialmente* o réu da LLD com o réu de outras espécies de crimes.

Teríamos, sim, um processo *faz-de-conta* se tratássemos abstratamente todos os agentes e acusados da mesma forma, como se os princípios da ampla defesa e da igualdade fossem absolutos e abstratos, ignorando completamente a realidade social e, portanto, as diferenças abissais que tais agentes e acusados possuem relativamente à generalidade.

Vejamos a questão da compatibilidade dos dois supracitados dispositivos legais.

O art. 2º, § 2º, da LLD estabelece que não se aplica o art. 366 do CPP aos crimes previstos na LLD. Refere-se às suspensões do processo e da prescrição, que são os institutos jurídicos que ensejaram a nova redação do CPP, no caso ou hipótese de não comparecimento do réu citado por edital em conjunto com a hipótese de não constituição de defensor.

O art. 4º, § 3º, da LLD trata do pedido de restituição do bem objeto de apreensão ou de seqüestro, que somente será conhecido na hipótese (ou caso) de comparecimento pessoal do acusado. Acrescenta que, nos casos (ou hipóteses) do art. 366 do CPP, ou seja, nas hipóteses de não comparecimento pessoal do réu ou de não constituição de defensor, apesar disso, o juiz poderá determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

Os dois dispositivos, portanto, tratam de institutos diferentes (suspensões do processo e da prescrição, de um lado, e pedido de restituição de bem apreendido ou seqüestrado, de outro) e são plenamente compatíveis.

Por outro lado, há quem defenda que a “reforma processual penal” tenha, implicitamente, revogado o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei de “Lavagem de Dinheiro” (Lei 9.613/1998)²².

²² É o entendimento de: MENDONÇA, Andrey Borges de. Reformas recentes. In: SEMINÁRIO REFORMAS DO PROCESSO PENAL, 1., 10 maio 2010, Belo Horizonte. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010.

As Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 fizeram importantes alterações no Código de Processo Penal, que têm sido, em conjunto, denominadas “reforma processual penal” pela comunidade jurídica.

A Lei 11.719/2008 teria feito modificações no art. 366 do CPP com a “intenção” de que fosse aplicável a qualquer processo, inclusive às hipóteses da Lei 9.613/1998.

Além disso, o art. 8, n. 2, alínea “b”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ou *Pacto de São José da Costa Rica* (Decreto 678/1992) estabelece que, durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, à garantia mínima da “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”, que pode ser interpretado como comunicação real ou pessoal, ou seja, efetivamente realizada, e não ficta (como é a citação por edital e a citação por hora certa).

Portanto, o art. 2º, § 2º, da Lei 9.613/1998 teria sido, implicitamente, revogado, seja pela “reforma processual penal”, seja pela referida convenção.

Todavia, encontra-se bem firmado em nossa doutrina e jurisprudência que não há direitos absolutos.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade nos possibilita ponderar esse direito de ciência pessoal (ou real) prévia, de um lado, com outros direitos constitucionais, como o direito constitucional à segurança (não apenas a segurança pública, mas a segurança do Estado, a segurança da sociedade e a segurança econômica).

O princípio da proporcionalidade, enquanto constituído pelas regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, é, portanto, uma implicação lógica do caráter jurídico da Constituição como norma rígida hierarquicamente superior, atributiva de proporções e impositiva de eficiência. Portanto, o princípio da proporcionalidade, apesar de ter sua origem como garantia de direitos fundamentais, aplica-se, presentemente, a quaisquer entes normativos, sejam objetivos, princípios, regras, direitos, deveres, garantias, interesses ou bens jurídicos, com uma carga argumentativa em favor dos fundamentais.

A pluralidade de fundamentos normativos do princípio da proporcionalidade decorre de sua inerência ao Direito. Por isto é possível interpretá-lo como corolário de entes normativos variados como princípio do Estado de Direito, princípio do devido processo legal, princípio da razoabilidade, princípio da igualdade, caráter principal das normas de direitos fundamentais, idéia de direitos fundamentais etc.²³

Há poucos anos atrás, a profunda desigualdade de fatos relativos aos sistemas financeiro e econômico ficou bastante evidente no Brasil. Durante crise mundial, em apenas cerca de dois meses, o Brasil perdeu metade de todas as suas reservas (por volta de 40 bilhões de dólares, à época).

²³ PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Se essa evasão financeira continuasse, ocorreria o caos social e econômico, com profundas implicações na vida de todos os brasileiros, como falências em série de empresas, desemprego em massa, saques em supermercados, falta de bens e serviços, alta das taxas de criminalidade etc.

Isso nos demonstra que os atores e os fatos relacionados a questões financeiras e/ou econômicas são profundamente desiguais quando comparados à generalidade das pessoas e dos fatos, pois têm a capacidade de desestabilizarem o Estado, a sociedade, a economia e o sistema financeiro de um país.

Podemos dizer que comparamos a importância das razões²⁴ que sustentam a não afetação negativa de um direito fundamental (direito à ciência prévia, real ou pessoal) com a importância das razões que sustentam a realização dos fins imediato e mediato da medida de intervenção em um direito fundamental (preservar outros direitos e normas constitucionais, como segurança da sociedade em geral, segurança do Estado, segurança pública em especial, segurança econômica etc.).

O princípio da igualdade, em conjugação com a justificação metódica de intervenção em direitos fundamentais estabelecida pelo princípio da proporcionalidade, possibilita o tratamento desigual em relação aos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

Normas de caráter geral, como o Código de Processo Penal e a "reforma processual penal", não revogam e são compatíveis com a especialidade da Lei de "Lavagem de Dinheiro", pois esta se funda em normas constitucionais.

O futuro Código de Processo Penal, cujo projeto, de conhecimento pública, tramita no Congresso Nacional, tampouco será incompatível com o referido dispositivo legal, se não o revogar expressamente.

Por fim, o art. 9º da Lei Complementar 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis (veja art. 59, parágrafo único, da Constituição da República), estabelece:

Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas:

[...]

III – parte final, compreendendo [...] a cláusula de revogação, quando couber.

Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

²⁴ *Ibidem*, p. 230 e 236.

O dispositivo legal sob análise não foi revogado expressamente.

Em **conclusão**, o art. 2º, § 2º, da Lei de “Lavagem de Dinheiro” (Lei 9.613/1998) é constitucional e legalmente válido, juridicamente eficaz e compatível com o Código de Processo Penal (especialmente seu art. 366), com o art. 4º, § 3º, da Lei 9.613/1998 e com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), não tendo sido revogado pela “reforma processual penal” e não sendo passível de revogação por norma geral de futuro Código de Processo Penal, a não ser expressamente.

Do dever o Ministério Público fiscalizar as portarias que limitam o acesso do jurisdicionado aos Fóruns

Enéias Xavier Gomes²⁵

Promotor de Justiça

1. Introdução

Comumente encontramos nas diversas comarcas do Brasil portarias normatizando o ingresso de pessoas nos fóruns.

Corriqueiramente, cidadãos se dirigem aos fóruns e são impedidos de adentrar no recinto, sob a alegação de não trajarem adequadamente, conforme portarias dos Diretores dos foros.

No dia 12/05/2009, nos autos PCA nº 200910000001233, o CNJ exarou sua primeira manifestação a respeito do tema, cuja notícia foi veiculada em alguns jornais de circulação nacional²⁶.

²⁵ Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais

Ex-Promotor de Justiça no Estado da Bahia

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

²⁶ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) julgou improcedente o pedido de anulação dos efeitos de um comunicado da comarca de Vilhena, Rondônia, que restringe o acesso de pessoas ao Fórum em função dos trajes que vestem.

A questão foi levada ao CNJ pelo advogado Alex André Smaniotto, inconformado com a proibição de entrada no fórum de pessoas com calção, shorts e bermudões, como também de bonés e chapéus.

Na decisão desta terça-feira (12/05), o CNJ entendeu ser legal a determinação do Fórum de Vilhena em relação ao tipo de vestimenta exigida para transitar no órgão, visto que a norma respeita o bom senso e a razoabilidade, sem prejudicar o acesso dos cidadãos à Justiça. “A norma da comarca foi traçada de maneira genérica, mas flexível, não implicando discriminação nem vedação do acesso ao Judiciário. Por essa razão não encontrei ilegalidade no ato”, ressaltou o conselheiro e ministro João Oreste Dalazen, relator do Procedimento de Controle Administrativo (PCA nº 200910000001233).

No processo, o advogado alega que presenciou uma pessoa “extremamente carente” ser impedida de entrar nas dependências do Fórum porque usava bermuda abaixo dos joelhos e camiseta surrada.

O julgamento originou-se de um pedido de providência formulado por um advogado que fotografou um papel pregado na porta do fórum de Vilhena/RO, impedindo o acesso de pessoas utilizando trajes que “ferem o decoro da justiça”, com as seguintes hipóteses: “TIPO: calção, short ou bermudão; camiseta regata; mini saia; mini blusa, blusa com decote acentuado; chapéus, bonés, exceto a serviço”.

O requerente alegava na inicial que “presenciou a proibição de entrada de uma pessoa extremamente carente nas dependências do respectivo Fórum, só porque estava utilizando uma bermuda abaixo do joelho e uma camiseta com alguns furos pelo motivo de ser velha”.

Segundo o voto do relator, Técio Lins e Silva, não houve prova dos fatos, havendo apenas o relato do requerente:

“Vê-se, portanto, que os fatos não aconteceram como relatados, ou pelo menos não há nenhum registro do episódio além do relato do requerente, o que me parece insuficiente para uma decisão deste Conselho.”.

Após ampla discussão, o Plenário proferiu a seguinte decisão:

“Em prosseguimento ao julgamento, o Conselho, por maioria, conheceu do pedido e, no mérito, julgou improcedente. Vencidos quanto à procedência os Conselheiros Paulo Lobo e José Adonis; e pelo não conhecimento ficaram vencidos os Conselheiros

Respeito - De acordo com o ministro Dalazen, a lei assegura ao magistrado o direito de zelar pelo decoro nos atos que estão sob sua jurisdição, como audiências e interrogatórios, entre outros. “É uma norma de respeito à civilidade que é adotada em todos os Tribunais Superiores”, destacou. Além disso, segundo o relator, ao contrário do que alega o advogado, não existem registros formais de pessoas que tenham sido impedidas de entrar no Fórum em decorrência do traje que estava vestindo.

O ministro ressaltou que a decisão tomada pelo plenário do CNJ diz respeito apenas à legalidade do ato do juiz da Comarca de Vilhena e não à regulamentação da matéria por outros Tribunais. Dalazen reforçou, porém, que uma pessoa não pode ser impedida de entrar em um órgão do Judiciário se, por razões econômicas, estiver portando “trajes humildes”.

O conselheiro Técio Lins e Silva, que apresentou voto de vista regimental, vencido, havia decidido pelo não reconhecimento do pedido alegando que não existe norma formalizada (portaria ou resolução) determinando a proibição de determinadas roupas para entrar no Fórum, apenas um papel fixado na entrada do órgão. Por esse motivo, o conselheiro entendeu não ser competência do CNJ julgar o caso. “Não há norma administrativa a ser submetida a controle. Não somos agência reguladora do vestuário nos tribunais”, disse o Lins e Silva.

MB/SR

Agência CNJ de Notícias

Fonte: www.cnj.jus.br/noticias: consultado em 19/05/2009.

Andréa Pachá, Jorge Maurique, Felipe Locke, Técio Lins e Silva e Marcelo Nobre. Presidiu o julgamento o Conselheiro Ministro Gilson Dipp. Plenário, 12 de maio de 2009.”

Desta forma, percebe-se que os fatos levados ao CNJ não foram comprovados, impedindo a criação de precedentes quanto ao tema.

Em que pese a ocorrência destes fatos corriqueiramente, os operadores do direito não os levam ao conhecimento dos órgãos competentes.

Recentemente, no processo n.º 30.888 que tramitava na Auditoria Militar de Minas Gerais visando a apuração do crime de lesões corporais, expediu-se a carta precatória n.º 0525.08.149926-7 à Comarca de Pouso Alegre para oitiva de testemunhas. Após alguns meses, a precatória retornou à Auditoria, constando a seguinte decisão no termo de audiência, lavrada aos 19 de março de 2009:

*“Aberta a audiência, foram ouvidas duas testemunhas, conforme termos em frente. **Não foi inquirida a testemunha ..., cujo ingresso na sala de audiência não foi permitido por encontrar-se trajando bermuda, vestuário incompatível com o ambiente forense,** não obstante a observação constante do mandado de f. 11. Determinou-se a devolução da presente Carta Precatória, cumpridas as formalidades de estilo”. Grifo nosso.*

Percebendo que a expedição de nova precatória geraria a prescrição da pretensão punitiva, o Promotor de Justiça oficiante, Dr. Fabiano Ferreira Furlan, foi obrigado a desistir da oitiva da testemunha, cujo trecho de sua manifestação citamos:

“MM Juiz,

Denota-se que uma das testemunhas arroladas pelo Ministério Público não chegou a ser ouvida, pois, embora tenha comparecido, por estar de bermuda, foi dispensada pelo magistrado da Comarca de Pouso Alegre/MG (fls.242).

Com todo o respeito devido, a não colheita da oitiva pela fundamentação apresentada é absurda, de onde se evidencia flagrante desrespeito até com a vítima dos autos já que os feitos penais e processuais penais enfrentam o dilema da corrida contra a prescrição....”.

Desta forma, percebe-se facilmente que a efetividade do processo e o acesso à justiça vêm sendo obstados em muitos fóruns, ao impedir o acesso de pessoas humildes por não trajarem conforme determina o magistrado.

2. Fundamentação

O princípio democrático é o alicerce do Estado Brasileiro, sendo estruturante e representando fator diretivo do Estado nas funções legislativa, administrativa e judiciária. A Constituição da República instituiu o regime político-democrático como princípio fundamental no artigo 1º, devendo ser interpretado com a mais ampla incidência.

Neste sentido, a democracia representa um processo de afirmação do povo, através de princípios e garantias fundamentais elencadas no Texto Constitucional. Cabe ao Estado Social intervir nas estruturas sociais, visando propiciar condições dignas de sobrevivência, alargando a proteção e atividade estatal.

Assim sendo, a função do Estado deve visar o bem comum, pautando-se nos postulados do princípio democrático, sendo o amplo acesso à justiça uma de suas vertentes. Constitui-se em um dos requisitos fundamentais para que o Estado possa, efetivamente, implementar os direitos e garantias elencados no Texto Constitucional.

Impõe-se ao Estado a observância dos instrumentos necessários ao acesso à justiça, implementando através de ações concretas os mandamentos constitucionais e removendo os obstáculos à sua efetiva implementação. O princípio democrático determina a obrigatoriedade da atuação judicante voltada para a universalização da prestação jurisdicional.

A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que confere ao Estado o monopólio da justiça e cria os organismos responsáveis pela prestação jurisdicional, confere a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País a garantia de acesso ao Judiciário, nos termos do art.5º, XXXV²⁷.

O Poder Judiciário é um instrumento de exercício dos princípios constitucionais da democracia, cidadania, pluralismo e dignidade da pessoa humana.

²⁷ Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Neste sentido, revela-se inadmissível sua obstaculização pelos simples fato dos cidadãos, na busca pela efetivação de seus direitos mais básicos, vestirem-se de forma habitual para ingressarem em um órgão público criado justamente para protegê-los.

O cidadão de bem, maioria esmagadora da população, comparece à justiça buscando a efetivação de seus direitos e exercendo sua cidadania. Logo, cabe ao Poder Judiciário exercer seu serviço público obrigatório, respeitando-o em sua individualidade, independente de sua vestimenta.

O acesso ao judiciário é um instrumento constitucional fundamental através do qual a população busca a efetividade de seus direitos, exigindo-se uma atuação transparente, legítima e pública, conforme os ditames da democracia solidária.

O Estado social visa a uma justa distribuição dos benefícios sociais; assim, legitima-se na medida em que intenta uma diminuição nas desigualdades sociais. O Estado tem como um dos escopos tornar concretos os propósitos assegurados pelo Texto Constitucional. Vislumbra-se, assim, que o acesso à justiça é um dos requisitos para o alcance da missão estatal, traduzindo-se em uma forma efetiva de cidadania.

Entretanto, alguns diretores de foros impedem o acesso à justiça de pessoas que comparecerem aos fóruns vestidas de bermudas e saias, em que pese a exigência não encontrar amparo na lei e na Constituição.

Os magistrados se utilizam do disposto no art.125, II, do Código de Processo Civil, que impõe ao Juiz o dever de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça”.

Certamente qualquer juízo de valor, no âmbito dessa matéria, passa necessariamente pelos limites da razoabilidade.

Evidentemente, garantir o respeito e o decoro nos fóruns são atribuições do magistrado, a quem cabe exercer os atos para esta finalidade.

Assim, cabe ao Juiz impedir que o jurisdicionado compareça ao fórum com trajés que visam afrontar as autoridades presentes, como por exemplo, de sunga, biquíni ou até mesmo sem camisa.

Entretanto, não são estes os acontecimentos cotidianos.

A realidade do Brasil demonstra que grande parte dos jurisdicionados é composta por pessoas rurais pobres, humildes e semi-analfabetos, que, diante de sua rotina de vida, estão acostumadas a se trajarem de bermuda, camiseta e chinelos de dedo. Com estes trajes, exercem todos os atos da vida civil, como comparecerem a casamentos, batizados, mercearias, etc. Logo, conforme os costumes locais e suas condições financeiras, assim também se dirigem ao fórum, sem que tenham o propósito de ofender à Justiça.

Salienta-se que muitos jurisdicionados se deslocam durante horas para chegar ao fórum, sem sequer saber o que é uma portaria.

Porém, alheios à realidade, alguns magistrados restringem o acesso à justiça com proibições abusivas, esquecendo-se de que as ofensas à justiça não decorrem dos trajes simples dos jurisdicionados, mas da impunidade e injustiça reinantes neste país.

Com clareza, salienta Mauro Vasni Parosky²⁸:

A dignidade da Justiça não fica abalada se os trajes não forem apropriados segundo a visão do presidente do ato, mas desde que estejam de acordo, pelo menos, com o senso comum vigente em dada sociedade ou comunidade. Inegável que as roupas e os calçados de uma pessoa não têm mais importância que o direito de acesso à Justiça.

Mesmo que modestas e esteticamente desatraentes as vestimentas não merecem avaliação tão rigorosa, até porque a corrupção e a desonestidade de alguns poucos magistrados (conforme visto recentemente pela imprensa), a burocracia exacerbada e a excessiva lentidão processual são situações que se apresentam mais indignas à Justiça que trajes humildes.

Sob o paradigma de um Estado Democrático, não são aceitáveis tais portarias que se constituem em atos ilegais, abusivos e contrários ao interesse público, revelando-se obstáculos à proteção jurídica e obstando o aperfeiçoamento do Poder Judiciário. Revelam-se instrumentos de burla ao comando constitucional, transformando a

²⁸ PAROSKI, Mauro Vasni. A dignidade do Poder Judiciário e o traje do trabalhador . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1457, 28 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10078>>. Acesso em: 19 maio 2009.

constituição apenas em um mecanismo de dominação ideológica, fazendo-a distanciar-se dos fins sociais, atendendo apenas a interesses de determinados segmentos politicamente influentes, que certamente comparecem trajados “adequadamente” aos fóruns.

Em entrevista publicada no Jornal “Gazeta do Povo”, o Conselheiro do CNJ, Paulo Lôbo, salientou²⁹:

“Essa medida reforça a cultura de distanciamento do povo do Judiciário. É uma interdição a mais, além da suntuosidade dos prédios, que afasta as pessoas comuns da Justiça. Até porque esse tipo de portaria se dirige ao povo simples, já que os ricos seguem a moda europeia.

Constituição estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. E não há lei que estabeleça o traje adequado ao decoro do Judiciário. O magistrado não é legislador. A pessoa sai de casa e cumpre todos os seus compromissos com uma roupa, sem qualquer problema. E para ir ao fórum precisa mudar de roupa? Não faz sentido. Em um período de intenso calor, o vestuário europeu [considerado “adequado”] chega a ser anti-higiênico. Evidentemente, ninguém vai com roupa de banho ao Fórum, por exemplo. As pessoas sabem agir com bom senso.”

As portarias violam frontalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o pilar de todo ordenamento jurídico, encontrando previsão no art. 1º, III, da CF³⁰.

²⁹ LÔBO, Paulo. In: www.portal.rpc.com.br, consultado em 20/05/2009.

³⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

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

O cidadão, que se encontra no centro do ordenamento jurídico, é o valor mais alto de todo o sistema. Logo, constitui-se o destinatário final não só de todas as normas jurídicas, mas também dos atos processuais.

Ressalta-se que o direito à existência digna impõe ao Estado e à sociedade a realização de ações integradas, visando observar os preceitos constitucionais fundamentais. Abrange as obrigações referentes à natureza do ser humano, inclusive o aspecto psicológico. No caso da vedação de acesso à Justiça, a privação acarreta inclusive danos psicológicos, decorrentes de eventuais sentimentos de inferioridade.

Acerca da abrangência do princípio, ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery³¹:

"O fundamento constitucional dos direitos da personalidade é a dignidade da pessoa humana, que se constitui em fundamento da República Brasileira (CF 1º III). O objeto dos direitos da personalidade é tudo aquilo que disser respeito à natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, liberdade, proteção de dados pessoais, integridade física e moral, honra, imagem, vida privada, privacidade, intangibilidade da família, auto-estima, igualdade, segurança". Grifo nosso.

Como se não bastasse, o ato impugnado viola o princípio da igualdade, na medida em que impede o acesso à justiça, ao conceder tratamento menos digno aos carentes. Não é possível conceber que o cidadão ao procurar a justiça possa estar exposto à sorte de vestir-se "adequadamente" ou ao azar de estar, por exemplo, utilizando-se de bermuda. Esta lógica evidencia o desacerto dos atos administrativos objeto de nossa indignação.

Acerca do princípio da isonomia, ressalta Ruy Samuel Espíndola³²:

"O princípio da igualdade' art. 5º, 'caput' e seu inciso I, da CF) impõe que os Poderes Públicos, na edição de leis gerais e abstratas, na edição de sentenças ou atos administrativos, tratem a todos com igualdade, na medida de suas forças econômicas, culturais e sociais.

³¹ NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. "Código Civil Anotado e Legislação Extravagante", 2ª ed., São Paulo: RT Ed., 2004, p. 157.

³²ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. "Dos Princípios Constitucionais", artigo: Princípios Constitucionais e Atividade Jurídico-Administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas, George Salomão Leite, Malheiros Editores, 2003, p. 260).

Proíbe privilégios, afasta discriminações irrazoáveis e impõe tratamento isonômico para (tentar, tender) igualar os desiguais, especialmente em políticas públicas de caráter social (saúde, educação, lazer etc.). Esse princípio reclama, para sua compreensão, a idéia de que existem equiparações requeridas pela ordem jurídica, discriminações autorizadas e discriminações vedadas." Grifo nosso.

Logo, impedem o uso do Estado em benefício dos particulares, visto que a avaliação da oportunidade e conveniência obedece à vaidade do magistrado. A sociedade, fim último da atuação judicial, fica em segundo plano.

Ainda, atentam contra o princípio da eficiência, pois postergam atos judiciais, onerando os cofres públicos e os particulares, já que o cidadão muitas vezes é compelido a retornar posteriormente ao fórum.

Nesta esteira, percebe-se que o livre acesso aos fóruns, salvo condutas com intuito de desrespeitar as autoridades presentes, é um instrumento necessário e útil ao exercício da democracia, permitindo-se o amplo acesso à justiça.

Derrubar estas barreiras formais é uma das formas de efetivar o que a doutrina denomina de ondas renovatórias do acesso à justiça, no caso em análise, representado por uma barreira econômica totalmente dispensável.

Acerca do tema, leciona Gregório Assagra de Almeida³³:

“É de se destacar, outrossim, que Mauro Cappelletti e Bryant Garth explicam que esse despertar em torno do acesso efetivo à justiça já conduziu a três posições básicas, denominadas por eles ondas renovatórias do acesso à justiça. Em seqüência mais ou menos cronológica, esses movimentos tiveram início em 1965. A primeira onda, que visava a solução para o acesso à justiça, foi a assistência judiciária aos necessitados. A segunda se configurou por reformas que objetivavam proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, principalmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor. Já a terceira onda – que seria a mais recente - é a que Cappelletti e Garth chamam simplesmente de um novo enfoque de acesso à justiça e inclui as ondas anteriores, porém, vai muito além. Representaria, na visão dos mencionados juristas, “uma tentativa de atacar as barreiras do acesso de modo mais articulado e compreensivo”.

³³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. “Direito Processual Coletivo Brasileiro”, Ed. Saraiva, 2003, p.64.

O Estado Social, que exige a máxima amplitude dos princípios constitucionais, concatena-se com uma democracia funcional, expressando-se não apenas no voto, mas também no acesso à justiça, dotando as decisões judiciais de maior eficácia e legitimidade, visto que chanceladas pela participação popular.

O direito público subjetivo à prestação jurisdicional representa prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição Federal. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Judiciário, a quem incumbe formular e implementar políticas que visem a garantir, aos cidadãos o acesso universal e igualitário à prestação jurisdicional. O direito de acesso à justiça, além de qualificar-se como fundamental, representa conseqüência constitucional indissociável da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, ressalta Luiz Roberto Barroso³⁴:

“Partindo da premissa (...) de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora haja visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça”. Grifo nosso.

3. Conclusão

1) Facilitar o acesso à justiça, garantia decorrente de diversos princípios constitucionais, constitui um dever Estatal, principalmente das instituições de defesa social. Não obstante, é curioso ressaltar que a referida garantia não vem sendo observada de forma efetiva no âmbito do Poder Judiciário, encontrando resistência por parte de alguns magistrados, especialmente na proibição desarrazoada de ingresso nos fóruns.

2) Em tempo de exortação à participação popular, mister se faz garantir o acesso da população mais carente aos fóruns, possibilitando aos cidadãos o exercício da soberania, assegurando uma atuação do Poder Judiciário em consonância com os princípios publicistas impostos pelo Texto Constitucional.

³⁴ BARROSO, Luiz Roberto. ". “Temas de Direito Constitucional” - Tomo III, Renovar, 2005, p. 52.

3) A possibilidade dos cidadãos comparecerem aos fóruns conforme vestem habitualmente, sem ofensa flagrante ao pudor e de acordo com os costumes locais, é uma manifestação de sua cidadania e dignidade, contribuindo para a criação de uma sociedade fraterna, justa, solidária e pluralista, conforme preconizado no preâmbulo da Constituição da República de 1988. Decorrente diretamente dos preceitos do Estado Democrático de Direito, valorizando a convivência social e a pessoa humana, além de contribuir para a formação do cidadão.

4) Cabe ao Ministério Público a concretização dos princípios constitucionais destinados aos interesses da sociedade, garantindo-se os pressupostos necessários ao exercício da cidadania. O livre acesso à justiça é uma exigência da sociedade, logo cabe ao órgão ministerial, através de uma atuação efetiva e pro ativa, utilizando-se das ações pertinentes e eventualmente representando no CNJ, o combate aos atos eivados de desvio de finalidade e garantindo-se a transparência no trato com a *res publica*.

5) O Ministério Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

4. Bibliografia Consultada

1. ALMEIDA, Gregório Assagra de. “Direito Processual Coletivo Brasileiro”, Ed. Saraiva, 2003.
2. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
3. CARVALHO, Kildare Gonçalves de. *Direito Constitucional*. 12.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.
4. CNJ. Agência de Notícias. Fonte: www.cnj.jus.br/noticias: consultado em 19/05/2009.

5. GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia teoria e práxis*. São Paulo: Editora de Direito, 1988.
6. LÔBO, Paulo. In: www.portal.rpc.com.br, consultado em 20/05/2009.
7. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Maumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.
8. PAROSKI, Mauro Vasni. A dignidade do Poder Judiciário e o traje do trabalhador . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1457, 28 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10078>>. Acesso em: 19 maio 2009.

Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material³⁵

**Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça em
Uberlândia-MG**

Introdução

A presente tese tem por fim discutir o cabimento ou não, em certos casos, da reparação por dano moral e/ou material, em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, nas hipóteses de “devolução” à instituição de acolhimento, de crianças e de adolescentes entregues para fins de adoção, sem que haja justificativa plausível para isso; pior ainda, com total desprezo para com os sentimentos e/ou emoções do adotando, ou seja, com ofensa à sua dignidade.

Anote-se, por oportuno, que a reflexão ora apresentada está alicerçada em dois casos concretos da comarca de Uberlândia-MG, os quais foram objeto de ampla divulgação pela mídia local e nacional, no mês de maio do corrente ano de 2009, notadamente o primeiro caso.³⁶

³⁵ Esta tese foi aprovada por unanimidade no XVIII Congresso da CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, no mês de novembro de 2009, em Florianópolis-SC.

³⁶ MELLO, Kátia e Liuca Yonaha. *O lado B da adoção: As dificuldades de relacionamento e os problemas que ninguém comenta – mas aparecem depois da adoção. E o que pode mudar com a lei aprovada pelo Senado*. Revista Época, São Paulo, 20 jul. 2009, pp. 88/96.

MOREIRA, Ivana e Eduardo Kattah. Juíza manda reter 15% da renda de casal que devolve filho adotivo. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 09 jun. 2009. Caderno A16 – Vida & Sociedade.

A bem da verdade, a questão central versada na tese diz respeito à definição da natureza jurídica do estágio de convivência, previsto no art. 46 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O que é, em síntese, o estágio de convivência? É o período mínimo de avaliação da adaptação do adotando ao novo lar (família substituta), objetivando que o Poder Judiciário, com o apoio da equipe interprofissional (Psicólogos e Assistentes Sociais *etc*), decida pelo deferimento ou não da adoção.

O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda judicial do adotante, independentemente da idade daquele, haja vista o que dispõe a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei Nacional de Adoção).

Fundamentação

Na situação noticiada mais amplamente pela mídia, uma criança de 08 (oito) anos de idade, após ficar sob a guarda judicial do casal requerente por 08 (oito) meses, no processo de adoção, foi “devolvida” injustificadamente à Vara da Infância e da Juventude, não obstante os laudos da equipe técnica do Juízo indicassem a *total adaptação* da criança ao novo lar e do casal em relação a ela.

A rigor, a criança foi notoriamente iludida pelos adotantes, a tal ponto de ter aceitado a “mudança” de seu prenome no meio social antes mesmo do encerramento do processo de adoção. Isto foi feito sem autorização judicial e, portanto, sem a necessária avaliação quanto à conveniência ou não da mudança do prenome (“identidade psicológica” da pessoa humana), notadamente em se tratando de criança com mais de um ano de idade³⁷.

Pois bem, com o retorno da criança à instituição de acolhimento (abrigo)³⁸, a equipe técnica do Juízo (Psicóloga e Assistente Social) constatou que ela se mostrava muito confusa em relação a sua identidade, por causa da mudança indevida de seu prenome pelos requeridos, ou seja, ora ela referia a si mesma pelo nome de registro (certidão de nascimento), ora pelo nome dado pelo casal adotante (sem autorização

³⁷ O art. 47, § 5º, do ECA, prevê a possibilidade de o juiz, na sentença de adoção, autorizar a modificação do prenome do adotando.

³⁸ A Justiça, não raro, se ver impelida a receber de volta o adotando em situações como as que foram apresentadas nesta tese, com vista a evitar que ele seja hostilizado, humilhado e ofendido em sua dignidade, a tal ponto de ser obrigado a fugir de casa, no futuro.

judicial). Os laudos evidenciaram ainda que a adotanda estava bastante abalada emocional e psicologicamente, especialmente diante da atitude injustificada dos requeridos em devolvê-la ao “abrigo”, fazendo com que, portanto, ela se culpasse pelo ocorrido, agravando ainda mais o seu sofrimento.

Diga-se de passagem que esse segundo abandono da criança mostrou-se muito mais nocivo ao seu sadio desenvolvimento psíquico, moral e social do que o primeiro, segundo os laudos da equipe interprofissional da Vara da Infância e da Juventude.

Adverta-se, por oportuno, que o agravamento do sofrimento da criança não está fundado apenas nesse segundo abandono (“devolução” pelos requeridos), mas também, na conduta desumana levada a efeito em relação à adotanda. O casal induziu-a à mudança de prenome, para a sua aceitação pelos requeridos. Enganou-a com a promessa de que o casal a tinha, verdadeiramente, como filha, pedindo-lhe, pois, que chamasse um e outro de pai e de mãe, e os seus ascendentes, de avós *etc.*

Contudo, repentinamente, sem qualquer explicação para a criança ou para a Justiça, os requeridos devolveram-na à instituição de acolhimento, fazendo com que a adotanda, depois de vários meses de convívio diário com o casal, na condição socioafetiva de filha, passasse a se perguntar onde estaria a sua culpa pelo ocorrido.

Tal foi o primeiro caso concreto.

No segundo caso concreto, em que o processo de adoção chegou a ser concluído, com sentença transitada em julgado, além de ter havido o segundo abandono do filho, o seu sofrimento foi agravado pelo fato de que os requeridos (adotantes) humilharam-no e agrediram-no física e emocionalmente, chamando-o de retardado e proferindo toda sorte de infâmias e de impropérios, o que foi feito na presença de outras crianças e de cuidadores da instituição de acolhimento, após o retorno do “adotado” àquela.

A bem da verdade, além de os laudos da Psicóloga e da Assistente Social da Vara da Infância e da Juventude apontarem os danos emocionais sofridos pela criança, testemunhas confirmaram as denúncias, segundo as quais, efetivamente, o filho dos requeridos foi submetido a inúmeros constrangimentos, a vexames e a sofrimento que podiam ser evitados ou minimizados pelos adotantes, resultando-se assim em grave ofensa à dignidade do adotado. O princípio da dignidade humana, como se sabe, é dos mais importantes consagrados no texto constitucional brasileiro. Ele deve nortear as ações do Estado, da sociedade e das pessoas em geral.

Em suma, a presente tese não desconhece o fato de que, legalmente, é possível que haja a devolução de crianças e de adolescentes entregues para fins de adoção, sem que isso acarrete a obrigação de indenizar. O que se questiona é a atitude desumana e inescrupulosa daquelas pessoas que veem a adoção como uma aventura, implicando desprezo pelo sentimento e pelas emoções dos adotandos. E não são poucos os casos, segundo o que se têm notícias.

Nas ilustrações em que se alicerçou a tese, o dano moral caracterizou-se pelo fato de ter havido a ocorrência de lesão a *direitos da personalidade*, “englobando não apenas aspectos da dignidade humana como também ‘os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos *etc.*”³⁹

Nesse sentido, arremata a melhor doutrina:

“Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou *não patrimonial*, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.”⁴⁰

Não bastasse o intenso e incalculável sofrimento resultante da conduta dos requeridos, constatou-se ainda que, sob a perspectivas da “*ciência dos fenômenos psíquicos e do comportamento*” (Psicologia), há enorme probabilidade de que uma das vítimas (a criança do 1º caso), desenvolva, no futuro, condutas antissociais (“delinquência juvenil”), especialmente em razão da segunda rejeição promovida pelos requeridos. Além disso, a vítima pode vir a ter “(...) *dificuldades nas relações sociais, já que a criança aprende que as relações não são dignas de confiança; que não é merecedora de amor e que dificilmente encontrará outras pessoas que satisfaçam suas necessidades, além de prejuízos na autoestima e no autoconceito...*”.

É de se perguntar, então: o estágio de convivência se constitui em um direito instituído em favor dos adotantes, de tal forma a legitimar “devoluções” injustificadas de adotandos e, além disso, com a causação voluntária e/ou negligente de incalculável prejuízo emocional, social e até mesmo material ao adotando? A resposta é “não”,

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 81.

sobretudo se for levado em conta que o Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme o próprio título indica, visa à proteção dos direitos e/ou interesses relacionados com a infância e com a juventude. Isto está expresso no art. 1º da Lei n. 8.069 de 1990.

Ademais, na interpretação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, a dúvida porventura existente beneficia sempre a criança e o adolescente (art. 6º do ECA), com destaque ainda para o princípio do *melhor interesse da criança*, proveniente da legislação internacional, que foi incorporada ao direito pátrio pelo Decreto n. 99.710, de 21/11/1990; através dele foi promulgada a Convenção das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos da Criança.

Nesse diapasão, é importante destacar ainda o princípio da *prioridade absoluta*, expressamente reconhecido no art. 227, “caput”, da Carta Magna, o qual faz com que o interesse da criança e do adolescente sobreleve a qualquer outro interesse. Isto significa, portanto, que a falta de maior clareza do legislador, no art. 46 do ECA, não pode servir de pretexto para que adotantes mal-intencionados ludibriem a Justiça e, particularmente, crianças e adolescentes, levando-os, pois, para as suas residências, com o propósito de fazer “uma experiência”: - se aprovada, dão o sinal verde para a Justiça; se reprovada, simplesmente efetuam a “devolução”, sem qualquer escrúpulo ou cuidado.

Daí a importância de se definir a natureza jurídica do referido estágio de convivência. Ei-la: *lapso avaliatório, judicial, da formação satisfatória*⁴¹ do vínculo *socioafetivo*. Noutras palavras, não se trata de um direito instituído em favor de adotantes, mas de um período de tempo em que, por cautela, quis o legislador que a equipe interprofissional do Juízo avaliasse “(...) a conveniência da constituição do vínculo”, em que se deve atentar para as disposições dos arts. 29 e 43 da Lei n. 8.069 de 1990, a saber:

Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

O art. 46, § 1º, da mesma Lei, por sua vez, prescreve, taxativamente, o seguinte:

⁴¹ O vocábulo “satisfatória” foi empregado aqui no sentido de “corresponder ao desejo do adotando e aos fins sociais buscados pelo legislador”. Tanto assim é que, legalmente, é obrigatório o consentimento do adotando com mais de 12 (doze) anos de idade, além de estar recomendada a oitiva sobre a medida, sempre que possível, de crianças, devendo a sua manifestação ser devidamente apreciada.

“O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível *avaliar a conveniência da constituição do vínculo*” (sem destaques no original).

Vê-se, claramente, que o estágio de convivência não se constitui em direito instituído em favor dos adotantes, muito menos de forma expressa, o que significa, portanto, que eles não podem invocar o exercício regular de direito – que eles não possuem legitimamente –, de tal forma que, nos termos do art. 188, inciso I, do Código Civil, a sua conduta viesse a ser vista como lícita.

Admitindo-se, porém, por argumentação, que o estágio de convivência se traduza em direito dos adotantes, no sentido de que eles também possam avaliar a conveniência da constituição do vínculo, ainda assim não lhes será legítimo que abusem no exercício desse direito, sob pena de reparação por dano moral e/ou material. Veja-se:

Art. 187 [Código Civil]. 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.

Ora, enganar uma criança, prometendo-lhe definitivamente um lar, inclusive com a alteração ilegal de seu prenome no meio social; e, repentinamente, depois de vários meses de intensa convivência familiar, “devolvê-la” sem qualquer justificativa plausível, além de deixá-la confusa em relação a sua verdadeira identidade, levando-a ainda a desenvolver o sentimento negativo de culpa pela forma imprópria com que agiram os adotantes, não há dúvida de que, em tal caso, houve a extrapolação dos limites da boa-fé ou dos bons costumes por parte dos requeridos (“teoria do abuso do direito”).

A reparação do dano resultante dessa conduta ilícita poderá englobar não só a obrigação do pagamento de uma só vez de determinado valor como também o pagamento, em parcelas, dos chamados alimentos ressarcitórios, fundados na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

A fixação imediata da obrigação alimentar, sob a designação de antecipação dos efeitos da tutela, dentre outros fundamentos, decorre da circunstância de que, subjacente ao princípio da prioridade absoluta, previsto no art. 227, “caput”, da Constituição da República, estabeleceu-se a presunção legal do dano irreparável ou de difícil reparação, em caso de demora na atuação protetiva aos direitos infante-juvenis, quer pela família, pela comunidade e pela sociedade, quer pelo Poder Público e, em especial, pelo Poder Judiciário, “*como cidadela de garantia dos direitos individuais e das relações entre governantes e governados*”.

A propósito, numa das decisões que concederam a antecipação parcial dos efeitos da tutela pleiteada pelo Ministério Público, na correspondente ação civil pública, o tema está assim resumido, com mestria:

“Na verdade, a devolução pode ser considerada um dano irreversível, haja vista que, mesmo que a criança venha a ser adotada, esse trauma vai ficar registrado. Assim, a devolução representa um verdadeiro aniquilamento na autoestima (revesti mento do caráter) e na identidade da criança, *que não mais sabe quem ela é*.

Aliás, seria de uma atrocidade imensurável obrigar uma criança a aguardar a decisão definitiva de uma ação judicial para ter a possibilidade de ver diminuídos os traumas sofridos.

Noutro passo, considerando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que apresenta hipossuficiência frente à defesa dos seus próprios interesses, além de apresentar interesses especiais, poder-se-ia até mesmo concluir que o *periculum in mora* é presumido por lei.

Por último, quanto ao pressuposto negativo, isto é, reversibilidade dos efeitos do provimento, diante do risco de dano irreparável ao direito da favorecida, diante da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como diante da natureza alimentar do pedido, creio ser necessária a presença desse pressuposto.

Aclare-se que, considerando que os alimentos pleiteados a título de antecipação dos efeitos concretos da sentença visam a garantir a própria sobrevivência da criança, pode-se, com tranquilidade, reconhecer seu caráter de *irrepetibilidade*, ou seja, ainda que, a *posteriori*, venha esta decisão a ser modificada, alterada, ou o pedido julgado improcedente, não estaria a favorecida obrigada a ressarcir aos demandados aquilo que deles recebeu...” (Autos nº 0702 09 567849-7 – Comarca de Uberlândia – Prolatora: Édila Moreira Manosso, Juíza de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude – Data: 01 de junho de 2009).

Tais alimentos serão pagos a título de dano emergente⁴², uma vez que, em razão do ato ilícito – sede da responsabilidade civil em questão -, a criança adotanda passará a ter gastos mensais extraordinários, a fim de custear o mais rapidamente possível sessões de psicoterapias para a amenização do dano moral sofrido, as quais deverão ocorrer pela vida inteira, mesmo que com pequenos intervalos na fase adulta.

Ademais, afigura-se razoável que esses alimentos sejam pagos até a idade de 25 (vinte e cinco) anos, conforme critério adotado pela jurisprudência em hipóteses semelhantes. Isto porque, a partir dessa idade, presume-se que a pessoa (adotanda ou

⁴² Na hipótese de o processo de adoção da criança ter sido concluído, com o trânsito em julgado da sentença, havendo a “devolução” do filho ao Juízo ou à instituição de acolhimento, a natureza jurídica dos alimentos não será apenas ressarcitória, podendo ainda, alternativamente, se constituir em dever legal insculpido no art. 33, § 4º, parte final, do ECA, na nova redação dada pela Lei n. 12.010 de 2009.

adotada, no exemplo da tese) tenha adquirido plenas condições de arcar sozinha com o acompanhamento psicoterápico ⁴³⁻⁴⁴.

O dano moral, como se sabe, deve ser fixado em parcela única, decorrente de arbitramento judicial, nos termos dos parágrafos únicos dos arts. 950 e 963 do Código Civil, devendo ainda ter caráter punitivo, a saber:

“A indenização punitiva do dano moral surge como consequência da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da *dissuasão*) e a punição (no sentido de *redistribuição*),”⁴⁵

Enfim, se ocorrer “devolução” injustificada de criança ou de adolescente entregue para fins de adoção, com o agravamento voluntário ou negligente de seu sofrimento pelos requeridos, é admissível, em tese, a reparação por dano moral e/ou material, tendo em vista o que dispõe o art. 188, c/c o art. 927, ambos do Código Civil, a saber:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Além disso, é possível, na pior das hipóteses, que se vislumbre o abuso de direito pelos adotantes, à medida que, leviana ou descomedidamente, eles tenham, com a sua conduta, causado intenso sofrimento emocional ou psicológico ao adotando.

Coisa julgada no Juízo Criminal e sua repercussão ou não no Juízo Cível

⁴³ O critério adotado no parágrafo em questão, no que diz respeito ao termo final da obrigação alimentar, é aquele relativo “à pensão a filho menor pela morte do pai”. Veja-se: “A pensão devida ao filho menor em caso de morte do pai finda aos 25 anos de idade do beneficiário. Presume-se que em tal idade terá ele completado a sua formação escolar, inclusive universitária (RSTJ 100/161, 102/251, 121/255, 134/88). *Apud* Sergio Cavalieri Filho, *ob. cit.*, p. 117).

⁴⁴ Em relação aos *juros moratórios*, cabíveis no caso, impõe-se observar o seguinte: “A taxa de juros moratórios [art. 398 do Código Civil] a que se refere o art. 406 [do Código Civil] é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês, conforme enunciado aprovado na *Jornada de Direito Civil* promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, realizado nos dias 11 a 13 de setembro de 2002 no Superior Tribunal de Justiça”. *Idem*, pág. 119. Ver ainda Súmulas 54 e 254 do Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁵ *Ob. cit.*, p. 94.

Num dos casos concretos da comarca de Uberlândia, os requeridos foram processados no Juízo Criminal pelo crime de abandono material, tendo sido, porém, absolvidos, sob o fundamento de que, com o recebimento da criança pelo Juízo da Infância e da Juventude, seguindo-se a sua institucionalização, a conduta deles passou a ser atípica.

Na denúncia do Ministério Público com atuação numa das Varas Criminais da referida comarca não foi feita qualquer menção aos agravos físicos e psicológicos perpetrados pelos requeridos contra aquela criança, assim que ela retornou à instituição de acolhimento (“abrigo”). Houve notícias comprovadas de ter havido agressões físicas e de xingamentos públicos em relação ao filho, após a sua “devolução” à entidade de acolhimento, vale dizer, a criança foi submetida a vexame, constrangimento, dor moral, sofrimento *etc.*

Por conseguinte, a absolvição dos requeridos, no Juízo Criminal, fundamentou-se nas disposições do art. 386, III, do Código de Processo Penal⁴⁶, e não no art. 386, VI, do mesmo Código, apesar de o magistrado, por equívoco, ter mencionado este último inciso. Porém, toda a fundamentação da sentença e a sua parte dispositiva foram no sentido de que a conduta dos requeridos era atípica.

Esse equívoco, tecnicamente falando, está dentro do conceito legal de inexatidão material, não havendo dúvida, portanto, de que o legislador autorize a sua correção, até mesmo de ofício, a teor do disposto no art. 463, I, do Código de Processo Civil, *c/c* o art. 3º do Código de Processo Penal. E mais, na sentença absolutória em causa, o magistrado não deixou de reconhecer que tivesse havido a devolução da criança à instituição de acolhimento (existência material do fato apontado na denúncia, para justificar o abandono); a sua interpretação jurídica, porém, é que pode, legitimamente, estar sujeita a visões ou a resultados diversos numa instância e noutra.

⁴⁶ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - [...];

III - não constituir o fato infração penal;

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII - [...].

Consequentemente, essa absolvição não pode provocar qualquer repercussão no Juízo Cível, mormente diante das disposições expressas dos arts. 65⁴⁷ e 66⁴⁸ do Código de Processo Penal, aliado ao que prescrevem os arts. 468⁴⁹ e 469⁵⁰ do Código de Processo Civil, por força do disposto no já citado art. 3º do Código de Processo Penal, dentre outras disposições legais. Sem contar que a ação civil pública fundou-se em fatos e fundamentos jurídicos diversos.

Conclusão

O estágio de convivência, previsto no art. 46 do ECA, não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico a criança ou adolescente entregue para fins de adoção, especialmente diante dos princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana* e da *prioridade absoluta* em relação à proteção integral à infância e à juventude.

São Paulo-SP/Uberlândia-MG, 27 de julho de 2009.

⁴⁷ Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

⁴⁸ Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

⁴⁹ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

⁵⁰ Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

‘A Prática da “Autonomia” pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA e a Gestão do Fundo da Infância e da Juventude

**Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça em
Uberlândia / MG**

Introdução

O presente tema tem sido bastante tormentoso, não raro, gerando inúmeras situações de conflitos, ressentimentos e/ou de embates entre autoridades administrativas, no afã de se resguardar a “autonomia” do CMDCA – Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente –, na gestão dos recursos do Fundo de Direitos da Infância e da Juventude.

A literatura sobre o assunto é escassa, para não dizer quase que inexistente.

De qualquer modo, sustenta-se aqui o ponto de vista, segundo o qual não se pode conceber, legitimamente, que o CMDCA administre os recursos do Fundo da Infância e da Adolescência – FIA, de forma totalmente autônoma em relação ao Poder Executivo, a tal ponto de se apresentar como gestor, ordenador da despesa e prestador de contas perante os órgãos próprios. Isto se constituiria em manifesta afronta às normas gerais de direito financeiro, dentre outras, particularmente art. 56 da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101 de 04/05/2000.

Entretanto, não se pode perder de vista que, segundo o que será defendido nesta tese, as decisões ou deliberações do CMDCA vinculam a Administração Pública municipal, no sentido de lhe atribuir encargo ou ônus, a saber, a execução daquilo que foi discutido e aprovado pelo referido órgão. Se isso não ocorrer, o caso poderá desafiar o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público, visando-se à tutela específica do art. 213, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13/07/1990.

Da questão de fundo

Do ponto de vista do Direito Administrativo, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente classifica-se como órgão da Administração Pública Direta municipal (Poder Executivo).

Para De Plácido e Silva, órgão público é a “*unidade mínima do Poder Público, representando-o e executando as suas atividades*”. E arremata o referido autor:

“Compõe-se de:

- a) agentes públicos, que são as pessoas que o integram;
- b) repartição, os meios materiais que contribuem para a sua atividade, como o prédio, materiais; e
- c) competência, que é a parcela da atividade pública que lhe foi destinada pela ordem jurídica”.⁵¹

Vê-se, assim, que os órgãos públicos não podem rivalizar com as pessoas jurídicas às quais eles integram, notadamente diante do disposto no art. 41 da Lei n. 10.406 de 10/01/2002 – Código Civil, segundo o qual:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

- I - a União;
- II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
- III - os Municípios;
- IV - as autarquias; inclusive as associações públicas;
- V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Aliás, afiguram-se bastante oportunas aqui as ensinanças de Diogenes Gasparini, assim expressas:

“Os órgãos públicos não são pessoas mas centros de competências criados pelo Direito. Ademais, não se distinguem do Estado; são partes ou componentes de sua estrutura. Vale dizer: não têm personalidade jurídica...”.⁵²

Por conseguinte, não se pode conceber, legitimamente, que o CMDCA administre os recursos do Fundo alhures mencionado, de forma totalmente autônoma em relação ao Poder Executivo, a tal ponto de se apresentar como gestor, ordenador da despesa e prestador de contas perante os órgãos próprios. Isto se constituiria em manifesta afronta às normas gerais de direito financeiro, dentre outras, particularmente art. 56 da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101 de 04/05/2000. Tal artigo de lei atribui aos Chefes do Poder Executivo o poder-dever de prestar as contas de todos os órgãos que compõem a Administração Pública.

Não bastasse isso, a liberação dos recursos públicos, como se sabe, exige a observância de inúmeras formalidades legais, sob pena de responsabilidade administrativa, penal e civil da autoridade administrativa faltosa.⁵³

⁵¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, versão eletrônica 3.0. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁵² GASPARINI, DIOGENES. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 31.

⁵³ O Decreto-lei n. 426 de 12/05/1938 (Organiza o Tribunal de Contas), em seu art. 34, estabelece que:

Art. 34. No exame prévio das ordens de pagamento se verificará:

Diga-se de passagem que a prestação de contas pelos Chefes do Poder Executivo, conforme determina o art. 56 da Lei de Responsabilidade Fiscal, inclui até mesmo as contas dos chamados órgãos independentes.

Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Independentes são os originários da Constituição e representativos dos três Poderes do Estado, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e sujeitos apenas aos controles constitucionais de um sobre o outro; suas atribuições são exercidas por agentes políticos. Entram nessa categoria as Casas Legislativas, a Chefia do Executivo e os Tribunais.

Autônomos são os que se localizam na cúpula da Administração, subordinados diretamente à chefia dos órgãos independentes; gozam de autonomia administrativa, financeira e técnica e participam das decisões governamentais. Entram nessa categoria os Ministérios, as Secretarias de Estado e de Município, o Serviço Nacional de Informações e o Ministério Público.

Superiores são os órgãos de direção, controle e comando, mas sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia; não gozam de autonomia administrativa nem financeira. Incluem-se nessa categoria órgãos com variadas denominações, como Departamentos, Coordenadorias, Divisões, Gabinetes...”⁵⁴

O clássico Hely Lopes Meirelles assim discorre sobre os órgãos autônomos:

“Os *órgãos autônomos*, na sistemática do Decreto-lei 200/67, são desmembramentos da Administração Direta que não chegam a se erigir em pessoa jurídica, mas gozam de certa autonomia administrativa e financeira para o desempenho de suas atribuições específicas, sujeitos sempre à supervisão ministerial. A concessão dessa autonomia faz-se por Decreto do Presidente da República, relativamente aos serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos de atividades de pesquisa, ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola, que, por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da Administração Direta (Decreto-lei 200/67, art. 172, com a redação dada pelo Decreto-lei 900/69). Fixando a autonomia no grau conveniente aos interesses e necessidades do órgão autônomo, o Presidente da República poderá instituir-lhe fundos especiais de natureza

-
- I- Se o ordenador tem competência para expedir a ordem;
 - II- se é dirigida à autoridade competente para cumpri-la;
 - III- se houve indicação da repartição ou agente, que tem de efetuar o pagamento;
 - IV- se a despesa foi previamente empenhada;
 - V- se o nome do credor e a importância do pagamento se mencionaram na própria requisição anexa;
 - VI- se foi designada a verba ou o crédito por onde deverá correr a despesa;
 - VII- se está instruído com os documentos indispensáveis à sua comprovação.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 1998, pp. 351/352.

contábil, a cujo crédito se levarão todos os recursos vinculados às suas atividades, orçamentários e extraorçamentários, inclusive a receita própria...”.⁵⁵

Diante das lições doutrinárias acima expostas, pode-se concluir, dentre outras coisas, que, em caso de compras ou de publicidade em favor do CMDCA, não poderá haver a *fragmentação* desses gastos, de modo a impedir o necessário processo licitatório, ou seja, levar-se-á em conta o valor global das aquisições ou da publicidade realizada pela Administração Pública municipal, em determinado período.

Lado outro, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente não tenha estabelecido expressamente a “autonomia” do CMDCA, fazendo-o apenas em relação aos Conselhos Tutelares (art. 131 do ECA⁵⁶), forçoso concluir, porém, que os membros do CMDCA gozam da independência funcional (prerrogativa da função pública, e não atributo do órgão público).

Em verdade, o CMDCA atua numa espécie de controle e de assessoramento superior diferenciados, “sui generis”, no que diz respeito às ações governamentais e/ou programas da Administração Pública municipal voltados para a infância e a juventude, além de lhe competir, especificamente, a gestão dos recursos do Fundo de Direitos da Criança e do Adolescente. Esse assessoramento peculiar exteriorizar-se-á, via de regra, por meio de Resoluções.

É importante destacar, ainda, que as decisões do CMDCA vinculam a Administração Pública, no sentido de lhe atribuir encargo ou ônus. Tal ponto de vista foi secundando, recentemente, numa importante decisão judicial na comarca de Uberlândia-MG, prolatada nos autos da ação civil pública nº 702.10.033661-0, com destaque para o seguinte, dentre outras coisas:

“Noutro norte, compete ao Município apenas providenciar a liberação dos recursos e fiscalizar pela sua correta aplicação.

Assim, a decisão do CMDCA é ato administrativo que vincula o Município, ou seja, a esse ente federado não é permitido a análise da conveniência e oportunidade do destino das verbas já aprovadas pelo citado conselho.

Portanto, após a aprovação do projeto pelo Conselho Municipal, a não entrega ou omissão do ente municipal das quantias configura ao ilegal, passível de ser anulado pelo Poder Judiciário...”.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15ª ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1990, p. 658.

⁵⁶ ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, em situação análoga à que está sendo tratada nesta tese, proclamou, igualmente, que o ato administrativo editado pelo CMDCA vincula a Administração Pública municipal, assim dizendo:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba n próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido.

REsp 493811/SP

RECURSO ESPECIAL: 2002/0169619-5

Relatora: Ministra ELIANA CALMON

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento: 11/11/2003

Data da Publicação/Fonte: DJ 15/03/2004 p. 236

RDDP vol. 14 p. 120

Lado outro, o Decreto n. 5.839 de 11/07/2006, por analogia, ao tratar da organização, das atribuições e do processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde – CNS -, o qual possui características bastante semelhantes às do CMDCA, especialmente enquanto espaço institucional de participação popular, estabelece o seguinte:

Art. 1º. O Conselho Nacional de Saúde – CNS, órgão colegiado de caráter permanente e deliberativo, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, é composto por representantes do governo, dos prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, cujas decisões, consubstanciadas em resoluções, serão homologadas pelo Ministro de Estado da Saúde.

Como se pode ver, essa norma administrativa de âmbito federal não confere autonomia financeira e administrativa ao Conselho Nacional de Saúde – repita-se, similar ao CMDCA, fazendo com que, portanto, ambos os órgãos públicos se classifiquem como órgãos superiores, e não autônomos.

Lado outro, embora caiba ao CMDCA gerir o FIA – Fundo para a Infância e Adolescência, isto não significa dizer que o órgão possa livre ou autonomamente dispor dos recursos desse Fundo.

De fato, é o que se pode extrair com muita clareza da leitura do art. 5º da Lei Complementar n. 111 de 06/07/2001, à guisa de analogia. Essa Lei Complementar dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Veja-se:

- Art. 5º Compete ao órgão gestor do Fundo, a ser designado pelo Presidente da República:
- I- coordenar a formulação das políticas e diretrizes gerais que orientarão as aplicações do Fundo;**
 - II- selecionar programas e ações a serem financiadas com recursos do Fundo; (sem grifos no original)**
 - III- coordenar, em articulação com os órgãos responsáveis pela execução dos programas e das ações financiadas pelo Fundo, a elaboração das propostas orçamentárias a serem encaminhadas ao órgão central do Sistema de Planejamento Federal e de Orçamento, para inclusão no projeto de lei orçamentária anual, bem como em suas alterações;
 - IV- acompanhar os resultados da execução dos programas e das ações financiados com recursos do Fundo;
 - V- prestar apoio técnico-administrativo para o funcionamento do Conselho Consultivo de que trata o art. 4º; e
 - VI- dar publicidade, com periodicidade estabelecida, dos critérios de alocação e de uso dos recursos do Fundo.

Portanto, o verbo “gerir”, no âmbito do Direito Administrativo, tem sentido diverso do usual⁵⁷, até porque, em matéria de Administração Pública, nem sempre quem administra os recursos públicos é o ordenador da despesa, recaindo sobre este último grave responsabilidade funcional e pessoal, em caso de irregularidades, mesmo formais, na aplicação de tais recursos.

Para ilustrar ainda mais o presente tema, há outro artigo de lei muito significativo, o qual, aliás, cuida, igualmente, da questão de Fundo Especial; no caso, instituído na esfera do Senado Federal.

Estabelece o art. 4º da Lei n. 7.432 de 18/12/1985:

Art. 4º O Fundo Especial será administrado:

- I- pela Comissão Diretora do Senado Federal, na qualidade de Gestora; e
- II- pelo Presidente do Senado Federal, na condição de Supervisor e Ordenador da Despesa.

Enfim, dizer que o CMDCA é o Órgão Gestor do FIA não quer dizer que o seu presidente deva ser o Ordenador de Despesa, inclusive para fins de prestação de contas perante os órgãos próprios. Isto, de forma alguma, afeta a independência funcional de seus membros, por se tratar de situações distintas, ou seja, liberdade de consciência do agente público no exercício de sua função e autonomia de organização administrativa do órgão público.

Pode-se assim concluir que o exercício da “autonomia” pelo CMDCA integra o processo histórico da humanidade, dinâmico e dialético, construído diariamente por meio

⁵⁷ Corriqueiramente, especialmente na iniciativa privada, a mesma pessoa que define a forma ou as prioridades dos gastos a serem realizados é quem realiza, ao mesmo tempo, a despesa/pagamento (administrador e ordenador da despesa).

de avanços e de recuos, de encontros e de desencontros e, sobretudo, dependerá da capacidade e da credibilidade do conjunto de seus membros, no processo de negociação político-institucional. Isto não impede, porém, que as decisões do referido órgão sejam objeto de ação civil pública, visando a que o Poder Público municipal seja compelido, judicialmente, a cumpri-las.

De fato, o art. 5º do Decreto federal nº 1.196 de 14/07/1994 – “que dispõe sobre a Gestão e Administração do Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente (FNCA), e dá outras providências” - prescreve que:

Art. 5º O FNCA será gerido pelo CONANDA, cabendo-lhe fixar as diretrizes, critérios e prioridades para a aplicação das disponibilidades financeiras existentes, conforme o disposto no art. 2º, inciso X, da Lei nº 8.242, de 1991.

Ora, a aplicação analógica dessa regra, no plano municipal, reforça a compreensão de que as decisões do CMDCA, especialmente na gestão do Fundo de Direitos, vincula a Administração Pública local, à medida em que, legalmente, caiba ao citado órgão fixar as diretrizes, critérios e prioridades para a aplicação das disponibilidades financeiras existentes, o que se traduz, em última análise, determinar o momento da aplicação de tais recursos.

A última observação a ser feita neste trabalho é a de que a autonomia outorgada ao Conselho Tutelar (art. 131 do ECA) diz respeito, mais especificamente, à liberdade de consciência e de ação dos seus membros (independência funcional/prerrogativa da função pública), não se constituindo, por óbvio, em atributo do referido órgão público, sobretudo diante das lições doutrinárias expostas alhures sobre a classificação dos vários órgãos que compõem a Administração Pública Direta.

Destaque-se, ainda, que a autonomia do Conselho Tutelar é diferente da autonomia inquestionável do Ministério Público, haja vista que o art. 127 da Constituição da República, de forma expressa, esclarece o sentido da expressão autonomia funcional e administrativa, dizendo que a Instituição poderá propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, dentre outras prerrogativas legais explícitas.

Portanto, entende-se por autonomia do Conselho Tutelar a prerrogativa que os seus membros possuem, para atuar com liberdade de consciência e de ação, quer em relação à Administração Pública municipal, quer em relação ao Ministério Público e Poder Judiciário, sendo que essa autonomia envolve, ainda, a ideia de que o Conselho Tutelar, enquanto órgão público, deverá possuir local definido para o seu funcionamento (sede), bem como os demais meios materiais que contribuam para a sua atividade.

Conclusões

1) A aprovação de determinado projeto pelo CMDCA vincula a Administração Pública municipal;

2) O descumprimento das decisões do CMDCA importará o ajuizamento de ação civil pública, visando-se à tutela específica do art. 213, § 1º do ECA, devendo tal iniciativa, sempre que possível, ser precedida de tratativas na via administrativa.

O cumprimento de sentença (inserido pela Lei n.º 11.232/2005) e as obrigações alimentares

Erika de Fátima Matozinhos Ribeiro Lisbôa
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

Introdução

O Código de Processo Civil vem sofrendo, desde a sua entrada em vigor, sucessivas reformas, as quais objetivam solucionar o que se convencionou chamar de “pontos de estrangulamento” do processo, em busca de uma maior efetividade na prestação jurisdicional.

Dentre essas reformas, merece destaque a Lei n.º 11.232/2005, que introduziu o procedimento de cumprimento de sentença para as obrigações de quantia certa, sem a necessidade de se instaurar uma nova relação processual. Diante de tais alterações, a dúvida que surgiu, e que tem gerado várias e intrincadas divergências, é acerca da sua incidência quando se trata de obrigação de sustento alimentar.

Isto porque a Lei n.º 11.232/2005 não alterou expressamente nenhum dos dispositivos referentes à execução de alimentos. Esta omissão tem levado parte da doutrina e da jurisprudência a sustentar que não se aplica a obrigação alimentar a nova sistemática de cumprimento de sentença prevista na aludida lei.

Entretanto, apesar do injustificado silêncio do legislador no que tange a obrigação alimentar, se buscará no presente trabalho fazer algumas reflexões sobre a aplicação de tais alterações ao procedimento em que o alimentado busca judicialmente o recebimento dos alimentos devidos e não pagos pelo alimentante.

A reforma prevista na Lei n.º 11.232/2005

A reforma prevista na Lei n.º 11.232/2005 procurou imprimir celeridade e credibilidade ao procedimento executivo. Para a satisfação de obrigação pecuniária, constituída em sentença, não há mais necessidade de instauração de processo autônomo de execução, basta uma mera petição protocolizada nos autos em que correu o processo de conhecimento para se iniciar a fase de cumprimento de sentença. O devedor não é mais citado, até porque não se está em sede de nova demanda. Assim, diante da omissão do devedor, o credor só precisa requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação.

Dessa forma, partindo da premissa de que o processo é apenas instrumento para efetivação do direito material, o qual deve ser capaz de garantir de maneira célere e eficaz a satisfação do direito do credor, sujeitando o devedor a cumprir a prestação já acertada e liquidada pela sentença, combateu-se o tecnicismo da dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução.

Andou bem o legislador, haja vista que essa dicotomia acabava por acarretar injustificada morosidade na prestação jurisdicional, pois logo após a sentença condenatória, impunha-se ao credor a necessidade de instauração de um novo procedimento para que finalmente pudesse ver satisfeito o seu direito subjetivo material.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Ao condenar-se ao cumprimento de obrigação de quantia certa, o juiz assinará na sentença o prazo em que o devedor haverá de realizar a prestação devida. Ultrapassado dito termo sem o pagamento voluntário, seguir-se-á, na mesma relação processual em que a sentença foi proferida, a expedição do mandado de penhora e avaliação para preparar a expropriação dos bens necessários à satisfação do direito do credor (novo art. 475-J).⁵⁸

Ademais, em razão da reforma não há mais embargos do executado na etapa de cumprimento de sentença, devendo qualquer objeção do devedor ser veiculada mediante mero incidente de impugnação, que, via de regra, não tem efeito suspensivo. Entretanto, conforme previsto no art. 475-M, o juiz pode atribuir a impugnação efeito suspensivo desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja

⁵⁸ As Vias de Execução do Código de Processo Civil Brasileiro Reformado. *in* Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese. n.º 43. Set-Out/2006. p. 41

manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

Houve, ainda, um reforço aos meios coercitivos empregáveis para garantir o cumprimento de sentença referente às obrigações de quantia certa, eis que o montante da condenação será acrescido de multa de 10%, sempre que o devedor não proceder ao pagamento voluntário nos quinze dias subsequentes à sentença que fixou o valor da dívida.

Portanto, fica patente que a reforma que unifica o processo de conhecimento e execução cumpre com propriedade a garantia de duração razoável do processo e observância de medidas de aceleração da prestação jurisdicional, nos termos do que dispõe o art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

Obrigação alimentar e cumprimento de sentença

Sob o enfoque do processo apenas como instrumento para efetiva o do direito material, ponto de crucial importância   a execu o de alimentos, haja vista ser ela o remédio que, via de regra,   capaz de garantir o efetivo recebimento dos alimentos pela parte hipossuficiente.

Ora, ao analisar a questão não se pode perder de vista que o pronto pagamento dos alimentos   medida essencial para garantir a sobrevivência do alimentado. Dessa maneira, ocorrendo inadimplência, deve o Judiciário responder com meios céleres e eficazes de presta o jurisdicional, de modo a assegurar a imediata satisfa o do direito do credor.

A decisão que impõe o pagamento de alimentos   de cunho condenatório, isto  , reconhece a existência de obriga o de pagar quantia certa. Partindo dessa premissa, a nova modalidade de cumprimento de sentença inserida pela Lei n.º 11.232/2005 se aplicaria as obriga es alimentares.

Entretanto, como não houve expressa revoga o e nem qualquer altera o no Capítulo V do Título II do Livro II do Código de Processo Civil que trata "Da Execu o de Presta o Alimentícia"; bem como não houve nenhuma referência   obriga o alimentar nas novas regras de cumprimento de sentença, inseridas nos Capítulos IX e X do Título VIII do Livro I: "Do Processo de Conhecimento" (Código de Processo Civil,

artigos 475-A a 475-R), parte da doutrina sustenta que à execução de alimentos não tem aplicação a Lei n.º 11.232/2005.

Ocorre que, apesar de injustificado este silêncio sobre a execução de alimentos, as modificações introduzidas pela Lei n.º 11.232/2005 são perfeitamente aplicáveis ao recebimento da obrigação de prestar alimentos. Com efeito, através de uma interpretação teleológica, vê-se que não há justificativa plausível para que o credor de alimentos não seja beneficiado com o novo procedimento, pois o objetivo das modificações foi justamente possibilitar àqueles que buscam o judiciário, uma forma mais rápida de satisfação do direito previamente estabelecido em processo de conhecimento. Assim, adotando-se o método de interpretação gramatical, o credor da obrigação alimentar será prejudicado, pois utilizar-se-ia para tais títulos, o modelo bifásico em detrimento do objetivo do legislador e dos princípios de maior efetividade da justiça e duração razoável do processo.

Conforme leciona Alexandre Freitas Câmara,

Não seria razoável supor que se tivesse feito uma reforma do Código de Processo Civil destinada a acelerar o andamento da execução de títulos judiciais e que tal reforma não seria capaz de afetar aquela execução do credor que mais precisa de celeridade: a execução de alimentos. Afinal, como se disse em célebre frase de um saudoso intelectual brasileiro, Hebert de Souza (o Betinho), “quem tem fome tem pressa”. Assim sendo, nos parece inegável que a Lei n. 11.232/05 deve ser interpretada no sentido de que é capaz de alcançar os dispositivos que tratam da execução de prestação alimentícia.⁵⁹

Verifica-se, dessa maneira, que o fato da lei ter silenciado sobre a execução de alimentos não pode conduzir à idéia de que a falta de modificação dos artigos 732 e 735 do Código de Processo Civil impõe a manutenção do demorado processo de execução, porquanto viria a contrariar o próprio objetivo da lei, que é dar maior celeridade ao feito executivo. A interpretação do ordenamento jurídico no presente caso deve ser a teleológica, haja vista que a execução de alimentos, como já referido, exige maior presteza do judiciário, dada a importância e premência da verba alimentar.

Além disso, imperioso ressaltar que o Capítulo II do Título III do Livro II do Código de Processo Civil, que se intitulava: "Dos Embargos à Execução Fundada em

⁵⁹ Lições de direito processual civil. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007. v. 2. p. 367

Sentença", agora se denomina: "Dos Embargos à Execução contra a Fazenda Pública". Ou seja, não existem mais no estatuto processual pátrio embargos à execução de título judicial. Esse meio impugnativo só pode ser oposto na execução contra a Fazenda Pública. A vingar o entendimento que empresta interpretação literal ao art. 732 do Código de Processo Civil, chegar-se-ia à esdrúxula conclusão de que o devedor de alimentos não dispõe de meio impugnativo, pois não tem como fazer uso dos embargos à execução.

Assim, em um processo lógico e conciliando a Lei nº. 11.232/2005 com o ordenamento vigente, que exige do Direito de Família uma atenção especial à prestação alimentícia, tanto que existe procedimento especial para fixação de alimentos, com maior razão deve ser aplicado o art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil, inclusive com a aplicação da multa, que possui caráter coercitivo, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação que lhe foi imposta.

A jurisprudência pátria já vem se posicionando nesse sentido, conforme se observa de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC. CABIMENTO. A omissão do legislador ao não revogar de forma expressa o rito do art. 732 e seguintes do CPC não afasta a possibilidade de ser aplicado o art. 475-J, CPC, introduzido pela Lei 11.232/05, à execução de alimentos, pois o escopo da aludida reforma foi o de conferir maior efetividade à prestação jurisdicional. [...] Precedentes do TJRJ.Recurso a que se nega seguimento.⁶⁰

Conclusão

Ante o exposto, chega-se a conclusão de que a aplicação da Lei n.º 11.232/05 às obrigações alimentares constitui campo fértil às discussões acadêmicas, posto que com as alterações advindas da Lei em comento, o legislador não foi feliz, ao deixar de disciplinar os artigos 732 e 735 do Código de Processo Civil. No entanto, a omissão do legislador não deve ser interpretada como intenção de afastar o procedimento do cumprimento de sentença mais célere e eficaz logo da obrigação alimentar, cujo bem tutelado é exatamente a vida.

⁶⁰ TJ/RJ – Agravo de Instrumento n.º 2009.002.09945 – Des. Rel. RENATA COTTA – 9ª Câmara Cível – julg. 18.06.2009

Entender de forma diversa seria andar na contramão dos ideais estabelecidos pela já citada reforma, fomentando-se a demora na entrega da prestação jurisdicional, o que acabaria por perpetuar as demandas afastando-se o paradigma de justiça, vale dizer: pacificar e resolver os conflitos sociais.

Ademais, parece pouco crível que subsista, por procedimento autônomo, a execução de alimentos pelos artigos 732 e 735 do Código de Processo Civil, pois as alterações introduzidas no Capítulo II do Título II do Livro II do Código de Processo Civil, deixam claro que não mais existe no ordenamento jurídico pátrio os embargos à execução fundada em sentença, justamente pelo fato das execuções pelos citados artigos se darem por meio de cumprimento de sentença.

Acerca do tema, deve-se ter sempre em mente a lição da ilustre Desembargadora Maria Berenice Dias:

Os alimentos podem e devem ser cobrados pelos meios mais ágeis introduzidos no sistema jurídico. O crédito alimentar está sob a égide da Lei 11.232/05, podendo ser buscado o cumprimento da sentença nos mesmos autos da ação em que os alimentos foram fixados (CPC, art. 475-J).⁶¹

⁶¹A reforma do CPC e a execução dos alimentos. Disponível em <www.lexuniversal.com/pt/articles/1848>. Acesso em <10/maio/2010>

O dever do Ministério Público de impedir o retrocesso social como forma de proteger a dignidade da pessoa humana

Fabricio José da Fonseca Pinto

Fabricio Marques Ferragini

Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais

I- Introdução

Este singelo trabalho visa fomentar a discussão acerca da atuação do Ministério Público na proteção e concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais.

A dificuldade em alcançar tal desiderato tem como uma das causas a grande discrepância entre a norma constitucional e a sua efetiva aplicação, o que causa danos irreparáveis aos cidadãos de um país. É dizer, a reiterada afirmação dos direitos fundamentais sociais nos textos constitucionais não tem sido a garantia necessária de sua efetivação.

Norberto Bobbio já apontara que “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-lo*”. “*(...)Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados*”⁶².

Partindo da lição do professor italiano, da realidade social do Brasil e dos países periféricos e da premissa de que “não adianta assegurar direitos se não há, depois,

⁶² A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43 e 45.

como fazê-los respeitados”⁶³, procura-se examinar aspectos doutrinários e jurisprudenciais acerca da maneira como o Ministério Público deve, segundo o sistema jurídico brasileiro, garantir a aplicabilidade e a eficácia dos direitos fundamentais sociais, especificamente dos direitos a prestações em sentido estrito, mediante a proibição do retrocesso social. Trata-se de analisar o papel do Ministério Público no “combate” contra a ação do Poder Executivo no sentido de anulação ou revogação de norma infraconstitucional ou de ato administrativo concretizadores do núcleo dos direitos fundamentais sociais – mínimo de existência condigna –, como forma de proteção do próprio direito social e do princípio superior de todo o ordenamento jurídico: dignidade da pessoa humana.

A presente investigação pretende, portanto, servir como instrumento doutrinário para auxiliar os membros do Ministério Público na árdua tarefa de garantia dos direitos mínimos indispensáveis para que todos alcancem uma vida digna e com qualidade.

A consciência da necessidade de mudança da realidade social do Brasil e do papel fundamental que exerce o Ministério Público nesse particular justificam que nos aventuremos por caminhos tão tortuosos, que poderão nos levar a equívocos e a sofrer críticas acerbas de setores do próprio *parquet*.

Nessa linha de raciocínio, analisamos o mínimo necessário à existência condigna como direito subjetivo público do titular do direito fundamental social de receber prestações sociais dos poderes públicos que garantam a sua existência digna. Posteriormente, as atenções são voltadas para a análise do princípio da dignidade da pessoa humana e a tentativa de estabelecer critérios genéricos para determinar o conteúdo do direito ao mínimo necessário à existência condigna.

Em seguida, é objeto de investigação o princípio da proibição do retrocesso social, ampliando seu âmbito de proteção para acolher não só os direitos derivados a prestações senão também os direitos originários a prestações.

⁶³ Cf. José Afonso da Silva. Impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira de 1988. Em *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica- Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos*. Instituto Iberoamericano de Derechos Constitucional: Peru, p. 166.

Por fim, dedicamo-nos ao estudo do Ministério Público e o dever imposto pela Constituição Federal de impedir o retrocesso social. A partir da atribuição constitucional do Ministério Público para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis demonstra-se que o *parquet* tem legitimidade para postular, por meio de Ações Cíveis Públicas, mandamentos que impeçam a revogação ou anulação de atos administrativos concretizadores do mínimo necessário à existência condigna.

II- Mínimo Necessário à Existência Condigna

O Estado deve respeitar a dignidade da pessoa humana, em virtude de sua natureza jurídico-positiva e não apenas de um valor moral e ético destituído de obrigatoriedade. Decorre daí a garantia e o direito subjetivo público do indivíduo de ter a sua existência não só respeitada, senão também protegida.

A obrigação dos poderes públicos de proteger a dignidade da pessoa humana consiste não só em uma abstenção, mas também em um agir do Estado, com o objetivo de implementar e garantir os meios necessários a uma existência humana digna⁶⁴. Podemos afirmar, então, que o Estado tem uma obrigação de procurar proporcionar aos indivíduos um mínimo existencial. Como consequência, qualquer pessoa que, “por causas alheias à sua vontade, fique em situação de necessidade possui um direito subjetivo à assistência”⁶⁵, isto é, direito a uma ação prestacional do Estado.

É importante registrar que esse mínimo existencial ou mínimo necessário à existência condigna constitui o núcleo dos direitos fundamentais sociais e o seu conteúdo é extraído diretamente da constituição, sem necessidade de densificação pelo legislador

⁶⁴ No julgamento do agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF, na qual indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 178, formulado também pela União, o Ministro Gilmar Mendes prescreveu que: “(...) *os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Ubermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)...*” (Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 19 de março de 2010).

⁶⁵ Cf. Ernest Benda. Dignidad humana y Derechos de la Personalidad (*Capítulo IV*). Manual de Derecho Constitucional. Obra coletiva: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A, 2001. p.. 126.

ordinário, em razão de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana; ou , nas palavras de Gomes Canotilho, o núcleo essencial da existência mínima é inerente ao respeito pela dignidade humana. Demais disso, o mínimo vital apresenta a natureza de direito subjetivo público definitivo *prima facie*⁶⁶ e originário à prestação⁶⁷. Como consecratório, impõe ao Estado o dever de garantir e prover o mínimo indispensável a uma vida digna.

A jurisprudência portuguesa reconheceu também o direito de o indivíduo não ser privado do mínimo para a sua existência condigna, bem como o direito a exigir do Estado que implemente prestações sociais, com o escopo de garantir o mínimo existencial. O Tribunal Constitucional de Portugal prescreveu, no acórdão n.º 509/2002, “que o direito ao mínimo de existência condigna se encontra constitucionalmente garantido”. Nesse mesmo aresto o eminente relator trouxe à colação a lição de Wolfgang Daubler, que afirmou que, apesar da Lei fundamental alemã não prever expressamente uma obrigação para o Estado de conceder um mínimo de bens para assegurar a subsistência das pessoas, a “jurisprudência do Tribunal Constitucional, no entanto, deduziu do art. 1.º da Lei Fundamental, que garante a dignidade do homem, um direito subjectivo aos meios necessários à existência do indivíduo(...)”. Prosseguindo, o preclaro conselheiro reconheceu que a doutrina e jurisprudência alemãs autorizam “um direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações (...), ou seja, (...) o Estado está obrigado a garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais os pressupostos mínimos para uma existência humanamente digna”. Concluiu o relator dizendo que “o princípio do respeito da

⁶⁶ Robert Alexy apresenta um quadro com oito normas de estruturas diferentes, a saber: normas vinculantes que geram direitos subjetivos (1) definitivos e (2) *prima facie*; normas vinculantes que geram direitos objetivos (3) definitivos e (4) *prima facie*; normas não vinculantes que fundamentam direitos subjetivos (5) definitivos e (6) *prima facie*; normas não vinculantes que fundamentam direitos objetivos (7) definitivos e (8) *prima facie*. Com espeque nas lições do doutrinador alemão, entendemos que o mínimo necessário à existência condigna confere um direito subjetivo *prima facie* vinculante, porquanto há um mandado de otimização, que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas (Teoria de Los Derechos Fundamentales. 2ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001).

⁶⁷ A classificação como direito originário à prestação partiu da análise da lição do Professor Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 467-468). Nessa linha, o mínimo necessário à existência condigna apresenta natureza de direito subjetivo público originário à prestação porque , da norma constitucional, decorre, sem a necessidade de interposição de lei infraconstitucional, a obrigação da Administração Pública implementar e concretizar os direitos sociais e a correlata faculdade de o cidadão exigir as prestações necessárias à defesa do seu direito fundamental.

dignidade humana, proclamado logo no artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente da ideia de Estado de direito democrático, consignado em seu artigo 2º, e ainda aflorado no artigo 63º, nºs 1 e 3, da mesma CRP [Constituição da República Portuguesa], que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna”.

Já, no acórdão n.º 349/91, o Tribunal Constitucional de Portugal diz que “ a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna (...)” decorre do artigo 63º, da Lei Fundamental, e do princípio da dignidade da pessoa humana, “(...) condensado no artigo 1º, da Constituição”⁶⁸. Por fim, no acórdão n.º 151/92, preleciona que “(...) fundando-se o direito à habitação na dignidade da pessoa humana (ou seja, naquilo que a pessoa realmente é – um ser livre com direito a viver dignamente), existe, aí, um *mínimo que o Estado sempre deve satisfazer...*”⁶⁹

Em decisão proferida na ADPF n.º 45/DF, o Ministro Celso de Mello, citando Ana Paula Barcellos (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar), admitiu que o mínimo existencial constitui o núcleo consubstanciador da dignidade da pessoa humana. O eminente Ministro assim prescreveu:

“(...) A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da protecção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo

⁶⁸ Acórdãos do Tribunal Constitucional. Lisboa: Tribunal Constitucional, 19º volume, 1991 (maio a agosto), p. 507-525

⁶⁹ Jorge Miranda. Jurisprudência Constitucional escolhida. Volume I. 1ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996, p. 947.

*existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível*⁷⁰

Deflui de todo o exposto, sobretudo dos princípios do Estado social e da dignidade da pessoa humana, que o indivíduo, desprovido de recursos financeiros, possui um direito subjetivo a prestações do Estado que garantam o mínimo necessário à existência condigna. Essas prestações, em última análise, são indispensáveis para a garantia e proteção do direito à vida com qualidade e ao desenvolvimento da personalidade.

A definição do mínimo necessário à existência condigna como núcleo dos direitos fundamentais sociais teve como arrimo a teoria do interesse juridicamente protegido, segundo a qual se considera o núcleo do direito aquela parte que é absolutamente necessária para que os interesses que dão vida ao direito, resultem real, concreta e efetivamente protegidos. Em sentido negativo, o núcleo essencial seria aquela parte que, ao sofrer uma limitação, torna o direito impraticável ou desprovido da necessária proteção.

Por estar fora da disponibilidade do legislador e por que, em caso de supressão, estaria totalmente desconfigurado o direito fundamental social - deixaria de ser o que era para ser algo distinto-, o mínimo necessário à existência condigna, como consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, constitui o núcleo dos direitos fundamentais sociais.

Estabelecidos esses pressupostos doutrinários e jurisprudenciais, resta-nos a árdua tarefa de tentar desvendar o teor do conteúdo desse mínimo existencial, que denominamos direito ao mínimo necessário à existência condigna, ou mínimo vital, ou mínimo existencial, e erigimos como o núcleo dos direitos fundamentais sociais a prestações.

⁷⁰ Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 19 de março de 2010.

Robert Alexy cita como exemplo de direitos fundamentais sociais mínimos o “direito ao mínimo vital, à uma vivenda simples, à educação escolar, à formação profissional e a um nível mínimo de assistência médica”⁷¹.

Apesar desses exemplos concretos, paira no ar uma pergunta: é possível estabelecer um critério genérico para definir o conteúdo do direito fundamental social mínimo ou do mínimo necessário à existência condigna?

Segundo o economista britânico Lord Beveridge, considerado o “pai da segurança social”, o mínimo necessário à existência condigna deveria ter como objetivo assegurar “o mínimo vital a todos os cidadãos dum país, mínimos que lhes seriam garantidos quaisquer que fossem as vicissitudes da sua existência”⁷².

Ora, se realmente esse objetivo fosse cumprido não existiriam milhares de excluídos no mundo e a pobreza não atingiria níveis incontroláveis. Pobreza que pode ser classificada em três níveis: “subsistência mínima”, “mínimo adequado” e “conforto mínimo”⁷³.

Partindo da escala de pobreza, podemos estabelecer qual é o nível de exigência constitucional para que o Estado cumpra o mínimo necessário para o respeito, a proteção e a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Esclarecendo: a escala é necessária para estabelecer qual é o nível de pobreza que deve ser “combatido” pelo Estado, como forma de estabelecer prioridades em um modelo de Estado “pós - social” ou “pós – providência” em que a falta de recursos impede a implementação de políticas públicas em todos os níveis sociais.

Nesse contexto, urge responder uma pergunta: na crise em que se encontra o *Welfare State*, cujo resultado é a ausência de investimentos públicos na concretização dos direitos sociais, as políticas públicas necessárias à efetivação do “mínimo necessário à existência condigna” devem ser estabelecidas com o objetivo de propiciar ao titular do

⁷¹ Teoria de Los Derechos Fundamentales..., op. cit., p. 495.

⁷² Cf. Marcel Laloire. Que é o mínimo vital? In Revista de Análise Social, nº 19, vol. V. Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras, 1967, p. 374.

⁷³ Cf. Relatório elaborado pela Nova Escola de Investigação Social de Nova Iorque, sob a orientação de Oscar Ornati, intitulado *Poverty and affluence* (apud Marcel Laloire. Que é o mínimo vital? Revista de Análise Social, nº 19, vol. V. Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras, 1967.p.375).

direito fundamental social o mínimo suficiente para assegurar uma “subsistência mínima”, ou um “mínimo adequado” ou o “conforto mínimo”?

Parece-nos que a resposta a tal indagação depende de cada caso e da situação social, econômica e política do Estado⁷⁴, sob cuja jurisdição encontra-se o titular do direito fundamental. É dizer, o nível de prestação pública necessária à configuração do mínimo de existência condigna na Suíça, não é igual ao de Portugal, que, por sua vez, é diferente do Brasil, que, por seu turno, não é semelhante ao de Guiné - Bissau.

No entanto, é preciso partir de um pressuposto comum existente em todos os ordenamentos jurídicos que incorporaram o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Esse pressuposto é a idéia de respeito ao homem enquanto pessoa, dotado de razão e consciência, o que representa três níveis de satisfação: físico, intelectual e moral.

Com efeito, o conteúdo do mínimo necessário à existência condigna como forma de suprir as necessidades básicas desse homem concreto deve englobar os meios materiais indispensáveis à existência física, tais como habitação, moradia, saúde, vestuário; os meios intelectuais, como educação, ensino profissionalizante; e os meios morais consistentes em fornecer todos os meios físicos e intelectuais com qualidade, isto é, proporcionar uma vida com qualidade segunda a qual valha a pena viver⁷⁵. Tais objetivos serão cumpridos quando forem supridas todas as aspirações econômicas e sociais do ser humano. Essas aspirações podem ser concretizadas por via de uma casa em local onde não haja promiscuidade e em perfeitas condições de higiene e segurança; alimentação composta por ingredientes saudáveis; roupas não degradantes; saúde em

⁷⁴ John Rawls não concorda com a utilização do critério da riqueza média do país para estabelecer o nível a ser fixado do mínimo social. O autor afirma que o mínimo social deve ser estabelecido segundo o “princípio da diferença”. Diz Rawls que: “(...) uma vez aceite o princípio da diferença, no entanto, dele decorre que o mínimo deve ser fixado no ponto que, tendo em conta o nível salarial, maximiza as expectativas do grupo menos favorecido...” (Uma Teoria da Justiça. 2ª ed. Lisboa: Fundamentos, 2001, p. 228).

⁷⁵ A Declaração Universal de Direitos Humanos assim prescreve: “Artigo XXV.1 - Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle” (extraído da obra de Marcos Maselli Gouvêa. O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257).

todos os níveis, desde o atendimento básico, passando pelo odontológico, estético, ginecológico, até o tratamento psicológico.

Em síntese: o mínimo de existência condigna, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, para ser cumprido pelo Estado deve garantir ao homem uma situação tal que o faça sentir-se pessoa e não um simples objeto. Para que isso ocorra deve existir uma humanização na prestação de serviços públicos, cujo resultado será a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, a preservação de uma vida com qualidade⁷⁶ e a garantia do livre desenvolvimento da personalidade.

Retornando à questão sobre os níveis de pobreza, o mínimo de existência condigna deve corresponder às prestações necessárias para garantir uma “subsistência mínima” nos países subdesenvolvidos; um “mínimo adequado” nos países em desenvolvimento; e um “conforto mínimo” para os países desenvolvidos.

É importante esclarecer que essa graduação não significa que a dignidade da pessoa humana é constituída de níveis de concretização, mas representa uma adequação das necessidades do ser humano às condições econômicas e financeiras dos Estados, com vistas a garantir a todos uma vida com qualidade.

Exemplificando: no Brasil em que vinte e três milhões de pessoas não têm renda para se alimentar de forma equilibrada, sendo que, desse número, sete milhões de pessoas sofrem de desnutrição e precisam de ajuda médica e reforço alimentar, o mínimo de existência condigna representa a atuação do Estado com vistas a erradicar a fome, a subnutrição, e garantir a educação e saúde básicas para esse contingente de miseráveis. Esse será o mínimo necessário à concretização dos direitos fundamentais sociais para um país pobre como o Brasil e representa na nossa escala de pobreza a garantia de subsistência mínima. Por conseguinte, o Estado brasileiro deverá direcionar todos os meios econômicos e financeiros disponíveis, para cumprir o seu dever constitucional.

Tomando ainda o Brasil como exemplo não seria possível exigir um salário mínimo de mil reais (equivalente a quinhentos dólares) para a subsistência de todos os

⁷⁶ Marcos Maselli Gouvêa ressalta a imprescindibilidade da garantia do mínimo existencial para a fruição da vida e da liberdade. Diz o autor que “sem condições materiais mínimas, não há autonomia psíquica que permita ao indivíduo fazer escolhas, exercer sua cidadania e as oportunidades que formalmente a vida em sociedade lhe oferece” (O Controle Judicial..., op. cit., p. 260).

trabalhadores brasileiros se o Estado não possui os meios econômicos e financeiros, nem mesmo, para garantir comida para todos os indivíduos residentes em seu território. Dentro das limitações orçamentárias, ou da reserva do possível, é preciso estabelecer prioridades como forma de obrigar o Estado a garantir o básico em termos materiais, intelectuais e morais.

Portanto, o único critério possível para estabelecer, de forma genérica, o conteúdo do mínimo de existência condigna é aquele que parte do pressuposto de que o comportamento do Estado deve suprir as necessidades físicas, intelectuais e morais do homem enquanto pessoa. A partir daí, qual o nível de pobreza que deve ser afastado, com a implementação e concretização do direito social à prestação, depende de cada caso concreto e deve corresponder às condições econômicas, sociais e políticas do Estado.

Dito isso, o intérprete extrai, diretamente da Constituição, o mínimo necessário à existência condigna através da ponderação de dois fatores: a) quais os bens jurídicos necessários à satisfação das necessidades físicas, intelectuais e morais do homem concreto, suficientes para conceder-lhe uma vida digna e com qualidade; b) as limitações econômico-financeiras do Estado. Em outras palavras, o intérprete deve responder às seguintes questões quando analisar os casos concretos: qual é o mínimo necessário para satisfazer física, intelectual e moralmente o homem enquanto pessoa, dotado de razão e consciência? E quais são as condições econômicas, financeiras e políticas do Estado para fornecer as políticas públicas necessárias à concretização das aludidas necessidades?

A resposta encontrada será o resultado da adequação de dois fatores que se completam: (a) prestações necessárias à satisfação das necessidades do homem enquanto pessoa (b) limite dos custos que o Estado pode arcar.

Com esse trabalho hermenêutico, membros do Ministério Público, Magistrados, integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, ao concretizarem as normas de direitos fundamentais sociais, não exorbitarão de suas funções constitucionais e também não permanecerão inertes diante da omissão do Legislador, garantindo, assim, uma vida digna e com qualidade para todos que se encontrem em situações de necessidade.

Definido o critério para estabelecer o mínimo indispensável à existência condigna, o Estado deve implementar políticas públicas que concretizem esse núcleo dos direitos fundamentais sociais, a fim de que todas as pessoas que não possam arcar com os custos das prestações sociais sejam beneficiadas e tenham garantida uma vida com qualidade.

Após o Estado cumprir o dever de agir imposto pela Constituição Federal, mediante a implementação de prestações sociais positivas, **não pode haver retrocesso na concretização do direito fundamental social ou “há uma proibição de retrocesso social”**.

II- Proibição do Retrocesso Social

Restou claramente definido que das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais decorrem diretamente, sem a necessidade de intervenção legislativa, direitos subjetivos públicos definitivos ao mínimo de existência condigna, cujos titulares são todas as pessoas que se encontram em situação de inferioridade. Como consequência, há uma obrigação correlata do Estado de respeito, proteção e garantia do mínimo necessário à existência condigna, entendido esse direito como corolário da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa hipótese, conforme já analisado, estar-se-á em face de direitos originários a prestações, isto é, direitos que fundamentam a “faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas” do direito social à prestação e, simultaneamente, o “dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos”⁷⁷.

Não é menos verdade que classificamos como direitos originários a prestações somente o núcleo dos direitos fundamentais sociais ou direito ao mínimo de existência condigna, justamente porque o seu conteúdo pode ser extraído pelo intérprete da própria Constituição. O conteúdo do núcleo do direito social à prestação é determinável através de uma interpretação direta da Constituição.

⁷⁷ Cf. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, op. cit., 467.

A determinabilidade do conteúdo dos direitos fundamentais sociais não é uma regra. Ao revés, a quase totalidade dos direitos sociais “carecem de normas legais concretizadoras”⁷⁸ para a definição de seu conteúdo. Logo, as normas definidoras dos direitos sociais são, em sua maioria, normas programáticas. Por consequência, os direitos sociais são classificados como direitos derivados a prestações.

Nessa hipótese, que se constitui a regra, à medida que o Legislador elabora a legislação infraconstitucional densificadora dos direitos sociais à prestação e a Administração Pública implementa as políticas públicas necessárias à concretização da lei, o preceito constitucional ganha eficácia jurídica e fática. Concretizado o direito social com fundamento na lei infraconstitucional, surge o direito subjetivo público do cidadão de uma participação igual nas prestações públicas⁷⁹.

Decorre da concretização dos direitos sociais também o direito subjetivo público de não ser revogada a norma infraconstitucional densificadora do direito fundamental, sem que haja uma compensação ou alternativa. Após a concretização do direito fundamental por via legislativa, a norma não pode ser revogada sem a preservação do núcleo essencial desse direito. Nisso consiste a proibição do retrocesso social, também denominada “não retorno da concretização”⁸⁰ ou “cláusula de proibição de evolução reaccionária”⁸¹.

O acórdão n° 509/2002, do Egrégio Tribunal Constitucional de Portugal, ao citar excerto do acórdão n°39/84, traz em seu bojo a seguinte definição:

“[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para

⁷⁸ Nesse sentido, Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 397.

⁷⁹ Cf. Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição..., op. cit., p. 469.

⁸⁰ Termo utilizado por Jorge Miranda, Manual..., Tomo IV, op. cit., p. 397.

⁸¹ Classificação de Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição..., op. cit., p. 469.

dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

Contudo, há divergências quanto à aceitação do referido princípio. Vieira de Andrade alega que a aceitação genérica, sem qualquer restrição, do princípio da proibição do retrocesso social implica a elevação das leis concretizadoras dos direitos sociais ao nível de normas constitucionais, com a consequente aplicação do regime especial de modificação da Constituição a meras leis ordinárias. Esse princípio, segundo o autor, levaria à destruição da “autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição”⁸².

Jorge Miranda refuta as críticas, alegando que a aceitação do princípio do não retorno da concretização não visa “revestir as normas legais concretizadoras da força jurídica própria das normas constitucionais ou elevar os direitos derivados a prestações a garantias institucionais”. Conclui o autor que as normas continuam com a mesma natureza de leis ordinárias, não prevalecendo sobre as demais leis da mesma hierarquia, e sujeitas, portanto, ao regime menos rigoroso de modificação e ao controle de constitucionalidade⁸³

Instalada a polêmica, julgamos consentâneo com o desenvolvimento do nosso trabalho a posição de Gomes Canotilho, que demonstra a preocupação de impedir o retrocesso social no limite do “núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”⁸⁴.

Concretizado o direito social por uma lei infraconstitucional, esta não pode ser revogada sem a proteção do núcleo essencial desses direitos fundamentais. As medidas legislativas que revogarem as normas concretizadoras de direitos sociais, sem estabelecer outros meios de proteção do direito ao mínimo de existência condigna, considerar-se-ão inconstitucionais. Em outro falar: a lei infraconstitucional é considerada constitucionalmente garantida na medida da proteção do núcleo essencial dos direitos

⁸² Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 390-392.

⁸³ Manual..., Tomo IV, op. cit., p. 398.

⁸⁴ Direito Constitucional e Teoria da Constituição..., op. cit., p. 332.

sociais. Por ilação, a liberdade do Legislador é limitada ao núcleo essencial dos direitos sociais, em virtude deste representar a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana⁸⁵.

Ousamos, no entanto, ir um pouco além e postulamos a aplicação do princípio do não retrocesso social aos direitos originários a prestações. Senão, vejamos.

Ao considerarmos que o conteúdo do mínimo necessário à existência condigna pode ser deduzido da Constituição, sendo juridicamente vinculante, concluímos que não há necessidade de legislação infraconstitucional para a sua densificação. Reconhecemos, ainda, que decorre diretamente da Constituição um direito subjetivo público de exigir do Estado prestações públicas necessárias à garantia desse mínimo indispensável a uma existência digna. O Estado, por conseguinte, está obrigado a garantir ao titular do direito fundamental (todas as pessoas desprovidas de meios) as prestações sociais suficientes a uma vida com qualidade.

Ora, se o conteúdo do mínimo necessário à existência condigna está determinado pela Constituição, ou ao menos é determinável pelo intérprete, o princípio da proibição do retrocesso muda de enfoque, transportando-se da proibição de revogação da lei infraconstitucional densificadora do direito fundamental para a vedação de medidas administrativas que se traduzam “na prática numa anulação, revogação ou aniquilação”⁸⁶ desse núcleo essencial, sem prever medidas compensatórias que protejam, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

Explicando melhor: como o mínimo necessário à existência condigna é um direito originário à prestação, imediatamente aplicável, a proibição do retrocesso transmuda-se de enfoque, passando a representar uma vedação não só de revogação da

⁸⁵ Assim definiu Gomes Canotilho a proibição do retrocesso social: “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos e compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. (...) A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade humana ...” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 340).

⁸⁶ As expressões foram utilizadas por Gomes Canotilho quando analisou a proibição do retrocesso social como proteção dos direitos derivados a prestações (Direito Constitucional e Teoria da Constituição..., op. cit., 333).

lei, senão também de proibição da Administração Pública de anular ou revogar os atos administrativos e as políticas públicas necessárias à concretização do núcleo do direito social, sem que concretize outras medidas compensatórias.

O Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão nº 39, de 5 de maio de 1984, da lavra do Sr. Dr. Prof. Vital Moreira, prescreveu que:

“(...)As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

“Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar) também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”⁸⁷

Portanto, a proibição do retrocesso social aplica-se tanto aos direitos originários como aos derivados a prestações, uma vez que naqueles (direitos originários) deriva diretamente da constituição o dever de proteção e garantia do mínimo necessário à existência condigna. Ao proibir a anulação ou revogação das medidas concretas para proteger o direito ao mínimo vital sem que haja prestações sociais compensatórias, estar-se-á garantindo a eficácia da norma constitucional, o direito fundamental social e os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real.

Para elucidar a nossa tese é mister trazer à colação o seguinte exemplo: a Constituição do Brasil prevê que “ a saúde é direito de todos e dever do Estado...” (artigo 196). Essa norma constitucional definidora do direito social à saúde é uma norma programática, que necessita de lei infraconstitucional densificadora. No entanto, determinado Prefeito Municipal decide editar um ato administrativo, nos limites de sua competência constitucional, segundo o qual fornece medicamentos, gratuitamente, aos

⁸⁷ Jorge Miranda. Jurisprudência Constitucional escolhida. Volume I. 1ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996, p. 922.

doentes necessitados e portadores de AIDS (SIDA), sem que exista qualquer legislação concretizadora do direito social à saúde. O fundamento do ato administrativo é a própria Constituição, que vincula todos os poderes públicos, determinando de forma cogente o respeito, a proteção e a garantia dos direitos fundamentais. Suponhamos, ainda, que haja previsão orçamentária para cumprir com as despesas decorrentes desse ato administrativo e que todos os doentes do Município, sem qualquer discriminação, são prontamente atendidos. Realizadas as eleições, outro Prefeito assume a Administração Pública e revoga o ato administrativo sob o argumento de que não há lei infraconstitucional que defina e obrigue o Município ao fornecimento de medicamentos.

Segundo o nosso entendimento, esse ato administrativo viola a Constituição, pois “aniquilou” pura e simplesmente, sem qualquer medida compensatória, o núcleo essencial do direito fundamental à saúde. A inconstitucionalidade tem por fundamento também a flagrante ofensa ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso não significa que o hipotético ato administrativo seria alçado ao grau de norma constitucional (tal ilação seria absurda), mas a discricionariedade administrativa estaria limitada à proteção do núcleo essencial do direito fundamental social, pois este visa a proteção e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o hipotético Administrador Público poderia revogar o ato administrativo de seu antecessor, desde que garantisse a proteção do mínimo necessário ao tratamento satisfatório e eficiente para os doentes acometidos por AIDS (SIDA), o que garantiria uma vida digna e com qualidade para os aludidos necessitados.

O exemplo do medicamento pode-se aplicar aos casos de atos administrativos concretizadores dos direitos fundamentais ao ensino básico, à habitação digna, ao meio ambiente saudável, etc.

Nessa linha de raciocínio, a revogação de atos administrativos que concretizem direitos fundamentais sociais no limite do mínimo necessário à existência condigna, sem qualquer medida compensatória, seria inconstitucional.

Em outro enfoque, o administrador público estaria proibido de revogar ato administrativo que concedera ensino básico; fornecera habitação digna; implementara rede de esgoto indispensável à proteção do meio ambiente e para garantir uma vida digna; em razão de que o ato revocatório impediria a fruição desses direitos fundamentais pela população carente. Com efeito, ao revogar o ato administrativo concretizador do

mínimo necessário à existência condigna, o agente político coarctaria a fruição do direito fundamental e submeteria o titular desse direito a uma vida degradante, que violaria a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o princípio da proibição do retrocesso social veda a anulação ou revogação de norma infraconstitucional ou de ato administrativo concretizadores do núcleo dos direitos fundamentais sociais – mínimo necessário à existência condigna –, como forma de proteção do próprio direito social e do princípio superior de todo o ordenamento jurídico: dignidade da pessoa humana

III- o dever de o Ministério Público impedir o retrocesso social como forma de proteger a dignidade da pessoa humana e evitar conflitos sociais

O desenvolvimento do Ministério Público recebeu grande impulso a partir da promulgação da sua Lei Orgânica – Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981- e da Lei da Ação Civil Pública- Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Essas duas leis modificaram o perfil do Ministério Público, sobretudo porque a segunda (Lei de Ação Civil Pública) conferiu-lhe a atribuição para a defesa de interesses transindividuais.

Tais transformações culminaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que erigiu o Ministério Público “a uma posição até então jamais alcançada, com garantias de Poder de Estado(...)”⁸⁸.

A posição preeminente concedida pela Constituição Federal ao Ministério Público não o transforma em um quarto poder do Estado, mas o coloca como uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (artigo 127).

⁸⁸ Cf. Hugo Nigro Mazzili. O professor alerta que, em virtude da sua independência funcional e das garantias constitucionais, o Ministério Público passou a agir mais efetivamente contra os governantes e poderosos. Tal atuação provocou (e provoca) “embaraços a autoridades, parlamentares, grandes empresários e poderosos em geral”. Com isso, tais autoridades propuseram emendas constitucionais para “responsabilizar pessoalmente o membro do Ministério Público, limitar ou reduzir suas garantias e, especialmente, voltar ao velho e bom tempo em que o governante podia escolher e demitir livremente o chefe do Ministério Público” (O Ministério Público. 3ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 25 e 26).

Ressai do mandamento constitucional que o Ministério Público tem por função precípua a defesa do próprio Estado Democrático de Direito, da Constituição e dos direitos fundamentais.

Em um Estado Constitucional de Direito, como o Estado Social brasileiro (ou pós-social ou pós-providência), existe uma vinculação entre a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos fundamentais sociais. Somente nos regimes democráticos, nos quais há a supremacia da Constituição e a participação popular na formação da vontade do Estado e na concretização de suas funções, os direitos fundamentais sociais podem ser respeitados. Por seu turno, a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos fundamentais⁸⁹. Enfim, na democracia há a conjugação da soberania popular com a defesa integral dos direitos fundamentais e a vinculação de todos os poderes públicos e dos indivíduos à Constituição e ao direito como um todo (princípios e valores).

A defesa integral dos direitos fundamentais tem como corolário a realização plena dos direitos, liberdades e garantias, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, em uma perspectiva de unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais⁹⁰.

Tais elementos – democracia e direitos fundamentais –, aliados aos princípios, aos valores subjacentes às normas constitucionais e aos objetivos fundamentais previstos

⁸⁹ Norberto Bobbio diz que “ (...) direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais...” (A era dos direitos . Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 21). Em sentido semelhante, José Luiz López Gonzáles aduz que somente por meio de um Estado social eficaz, isto é, que proporcione as prestações cidadãs básicas, podem-se tornar efetivos os princípios da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, prossegue o professor da Universidade Autônoma de Madri, o Estado de Direito para ser democrático deve ser social. Liberdade e igualdade constituem valores estreitamente ligados em nosso modelo de civilização (Reflexiones sobre los derechos sociales y sua eficácia jurídica. Em Revista General de Derecho. Valência: Revista General de Derecho, janeiro-fevereiro de 1997, p. 167).

⁹⁰ Invocando John Friedman, Milena Peters Melo reafirma a posição de que a “exclusão política dos indivíduos pertencentes aos extratos mais pobres da população está condicionada por sua exclusão social”. Em outro trecho de seu opúsculo, a autora conclui afirmando que “os conceitos de cidadania, democracia e direitos humanos estão intimamente ligados, um remete ao outro, seus conteúdos interpenetram-se: a cidadania não é constatável sem a realização dos Direitos Humanos, da mesma forma que os Direitos Humanos não se concretizam sem o exercício da democracia” (A Concretização-Efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil. Em Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos. San José, Costa Rica, p. 217 e 219)

no artigo 3º da Lei suprema, integram o conteúdo material da Constituição. Donde se infere que o Estado Social e Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 não é apenas um Estado formal de Direito, mas também um Estado de Justiça⁹¹. Por conseguinte, os Poderes Públicos devem agir para garantir e proteger o regime democrático, os direitos fundamentais, os princípios constitucionais e os valores subjacentes às normas, a fim de que o Estado busque a justiça social e garanta uma vida digna para todos os indivíduos.

O regime democrático, ademais, implica a garantia e o dever de promoção da igualdade material, conferindo a todos o direito de participação na vida política do Estado. Contudo, somente é possível alcançar essa igualdade material, garantir a liberdade e a participação de todos os indivíduos, se esses direitos estiverem acompanhados da implementação de políticas públicas que garantam o mínimo necessário à existência condigna⁹².

É forçoso concluir que a defesa do Estado Democrático de Direito somente será completa e efetiva com a garantia de condições dignas de vida para todos os indivíduos. Enquanto existir a miséria, a fome, as desigualdades sociais, o analfabetismo, os altos índices de mortalidade infantil, não haverá, no Brasil, o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

De todo o exposto deduz-se que a concretização do Estado democrático de Direito e a defesa da ordem jurídica dependem da realização efetiva dos direitos sociais por via das prestações públicas.

⁹¹ Gomes Canotilho ressalta que o Estado de Direito é um Estado constitucional, o que pressupõe a existência de uma ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição. É a supremacia da constituição, segundo o professor de Coimbra, que fundamenta o primado do direito. Direito que apresenta características de conteúdo e de forma: como conteúdo é “indissociável da realização da justiça, da efetivação de valores políticos, económicos, sociais e culturais; como forma, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar ações e comportamentos arbitrários e irregulares dos poderes públicos” (Direito Constitucional..., op. cit., p. 244 e 245). Já Milena Petters Mello corrobora a conclusão acerca do Estado Democrático de Direito instituído pela Carta de 1988 não se identificar com um Estado de direito formal, mas com um “Estado de justiça social, concretamente realizável” (op. cit., p. 228).

⁹² Pertinentes os comentários de Luís Roberto Gomes: “ (...) de nada interessará àquele que passa fome, àquele que não tem moradia, àquele que perambula por hospitais por um tratamento de saúde, saber que é um dos que detêm o poder político soberano estatal, que é o mandante dos poderes estatais e que pode participar direta ou indiretamente da condução do poder, se não houver a concretização de direitos mínimos necessários a uma existência digna” (O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão Estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 24)

Em contrapartida, o retrocesso social, provocado pela anulação ou revogação de norma infraconstitucional ou de ato administrativo concretizadores do núcleo dos direitos fundamentais sociais, não viola apenas o direito positivo constitucional. Vai além: fere de morte o próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que nega aos indivíduos o direito de serem realmente livres (princípio da liberdade material), de participarem efetivamente do Estado, de usufruírem uma vida digna e com qualidade, e de serem tratados de forma igual aos demais membros da sociedade (princípio da igualdade real)

É exatamente nesse contexto que o Ministério Público brasileiro surge como guardião não apenas da legalidade, do direito positivo, senão também de um direito que extrapola a norma posta e alcança o conteúdo material da Constituição. Com efeito, o Ministério Público, ao defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis garante a realização concreta dos direitos fundamentais positivados e “de valores e princípios (soberania popular, garantia da dignidade humana, pluralismo político, organização política democrática”⁹³, igualdade e liberdade) constitucionais, visando sempre realizar a inclusão social, “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, incisos I a IV, da Constituição Federa).

Em última análise, o Ministério Público garante a supremacia formal e material da Constituição⁹⁴, promove a Justiça social, protege e implementa concretamente os direitos fundamentais, sejam eles direitos, liberdades e garantias, ou direitos econômicos, sociais e culturais.

O artigo 129, inciso II, da Constituição Federal, prevê que o Ministério Público deve “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

⁹³ Cf. Eduardo Ritt. O Ministério Público como instrumento da democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 158.

⁹⁴ *idem*, p. 155.

Analisando o texto da Lei suprema infere-se que o Ministério Público tem a função também de dar efetividade aos direitos fundamentais, garantindo a aplicabilidade das normas constitucionais e fiscalizando as ações e omissões dos Poderes Públicos que possam violar (por ação ou omissão) a Constituição Federal.

Daí que o Ministério Público deve atuar para impedir que os direitos de liberdade sejam violados por atuações dos particulares e dos poderes públicos, assim como deve exigir comportamentos ativos dos Poderes Legislativo e Executivo para a concretização dos direitos sociais. Com essas atuações, o Ministério Público impede ações arbitrárias dos poderes públicos e garante uma existência humana digna a todos os desvalidos. Enfim, o Ministério Público busca a igualdade e liberdade reais e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Amalgamados os cânones do artigo 127, *caput*, e do artigo 129, inciso II, ambos da Constituição Federal, conclui-se que o Ministério Público recebe da própria Lei suprema a atribuição de defender os direitos difusos⁹⁵, coletivos⁹⁶ e individuais homogêneos, entre estes últimos o direito ao mínimo necessário à existência condigna.

Por essas razões, a violação do mínimo necessário à existência condigna, em razão do retrocesso social, autoriza e determina (dever) que o Ministério Público atue⁹⁷, por meio dos instrumentos jurídicos colocados à sua disposição – ação direta de

⁹⁵ Segundo o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, interesses ou direitos difusos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (artigo 81, parágrafo único, inciso I).

⁹⁶ Já os direitos ou interesses coletivos 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” (artigo 81, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.078/90).

⁹⁷Na mesma senda, Luís Roberto Gomes preleciona que, diante da omissão ilícita que viola os postulados do Estado Democrático de Direito, cabe ao Ministério Público agir “para corrigir a iniquidade, através dos instrumentos administrativos e processuais de que dispõe”, uma vez que lhe foi atribuída pelo constituinte a “defesa da cidadania, do regime democrático e do respeito ao princípio da igualdade” (O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão Estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 25). Em outro excerto de seu opúsculo, Luís Roberto Gomes ressalta que, em decorrência da possibilidade dos direitos assegurados pela Constituição serem violados por omissão do Poder Público, detém o Ministério Público “função institucional que o autoriza a agir, promovendo as medidas necessárias para a supressão da inércia, quando ilícita”. Prossegue o membro do Ministério Público Federal dizendo que “(...) se a própria norma constitucional é expressa quando diz que o exercício de reportada função dar-se-á ‘promovendo as medidas necessárias a sua garantia’ (CF, art.129, inc. II), certamente legítima o Ministério Público a expedir recomendação ou ajuizar ação civil pública visando que a entidade responsável saia da inércia quando configurada a omissão inconstitucional, lesiva porquanto a direitos assegurados na Constituição” (op. cit., p. 31).

inconstitucionalidade, recomendações e ações civis públicas –, para defender a Constituição como ordem jurídica formal e material suprema.

Ao combater o retrocesso social, o Ministério Público cumpre a ordem imposta pela própria Constituição e participa da concretização no mundo real dos direitos fundamentais sociais, os quais impõem um *facere* ao Estado.

Em outras palavras: se as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais impõem condutas positivas aos Poderes Legislativo e Executivo e estes, após concretizarem o mínimo necessário à existência condigna, revogam os atos que permitiriam a fruição de determinado direito social, o Ministério Público possui o dever de agir para exigir o cumprimento da Constituição. Com tal atuação, o Ministério Público impede o retrocesso social.

Nas palavras de Clémerson Merlin Cléve, é função do Ministério Público, “como defensor dos interesses da sociedade, tomar as medidas necessárias para a adoção, pelo Estado, das políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional”.⁹⁸

A atuação Ministério Público, ao impedir o retrocesso social, visa a proteção da dignidade da pessoa humana, uma vez que impede a revogação de atos concretizadores do mínimo necessário à existência condigna.

Em última análise, o Ministério Público, ao impedir o retrocesso social em última análise, protege o próprio Estado Democrático de Direito.

IV – Conclusões

1) O mínimo necessário à existência condigna constitui o núcleo dos direitos fundamentais sociais e o seu conteúdo é extraído diretamente da constituição, sem necessidade de densificação pelo legislador ordinário, em razão de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana;

⁹⁸ Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 29 de agosto de 2005.

2) O Estado tem obrigação de procurar proporcionar aos indivíduos um mínimo existencial;

3) Como consequência, o titular do núcleo do direito fundamental social possui um direito subjetivo a prestações positivas do Estado;

4) Concretizado o direito social por uma lei infraconstitucional, esta não pode ser revogada sem a proteção do núcleo essencial desses direitos fundamentais. As medidas legislativas que revogarem as normas concretizadoras de direitos sociais, sem estabelecer outros meios de proteção do direito ao mínimo de existência condigna, considerar-se-ão inconstitucionais;

5) Como o mínimo necessário à existência condigna é um direito originário à prestação, imediatamente aplicável, a proibição do retrocesso transmuda-se de enfoque, passando a representar uma vedação não só de revogação da lei, senão também de proibição da Administração Pública de anular ou revogar os atos administrativos e as políticas públicas necessárias à concretização do núcleo do direito social, sem que concretize outras medidas compensatórias;

6) A revogação de atos administrativos que concretizem direitos fundamentais sociais no limite do mínimo necessário à existência condigna, sem qualquer medida compensatória, seria inconstitucional;

7) Os artigos 127, *caput*, e 129, inciso II, ambos da Constituição Federal, legitimam o Ministério Público a proteger a concretização do mínimo necessário à existência condigna;

8) A legitimação constitucional representa um dever para que o Ministério Público atue para impedir o retrocesso social, de modo a defender a Constituição como ordem jurídica formal e material suprema;

9) A atuação Ministério Público visa a proteção da dignidade da pessoa humana, uma vez que impede a revogação de atos concretizadores do mínimo necessário à existência condigna.

A contrariedade à legislação e à Constituição Federais das decisões judiciais que exigem prova de desonestidade, imoralidade ou de má-fé para caracterização de todo e qualquer ato de improbidade.

Felipe Gustavo Gonçalves Caires
Promotor de Justiça em Montes Claros/MG

1. Introdução

Uma das principais obsessões do novo processo civil brasileiro, na linha do direito fundamental à sua razoável duração e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º. LXXVIII, acrescentando pela EC 45/2004), manifesta-se na criação de novas regras processuais que descongestionem os tribunais, notadamente evitando-se ou dificultando-se a interposição de infundáveis recursos.

As súmulas vinculantes (CF, art. 103-A, embora haja distorções no seu uso), as súmulas impeditivas de recursos (CPC, art. 518, §1), a exigência de repercussão geral (CPC, art. 543-A) para conhecimento do recurso extraordinário e a desnecessidade de reexame necessário (CPC, artigo 475, §3) de sentença proferida contra a Fazenda Pública quando fundada em súmula de tribunal superior são exemplos desta realidade. Igualmente, os poderes conferidos ao relator (CPC, art. 557 e 544, §3) para negar seguimento ou dar provimento a recursos que, respectivamente, contrariem súmulas de tribunais superiores ou ataquem decisões contrárias àqueles entendimentos sumulados.

Contudo, apesar de tais instrumentos realmente colaborarem para o descongestionamento dos tribunais, merecendo via de regra aplausos, fato é que os mesmos podem redundar em rápido engessamento da jurisprudência em temas de extremo interesse do Ministério Público, muitas vezes de maneira diametralmente oposta à exegese garantidora do pleno exercício das funções ministeriais, motivo pelo qual estratégias institucionais hão de ser pensadas para evitar-se tal indesejado desfecho.

Em poucas palavras: se o novo processo brasileiro pretende-se rápido, e para isto não hesita em rapidamente fechar as vias recursais - bastando para tanto que prevaleça

em dado tribunal (às vezes nem sequer superior, confira-se art. 557, *caput* do CPC) certa exegese sobre o assunto - o Ministério Público há de ser mais rápido ainda ao empreender todos os seus esforços evitando-se que desta celeridade resulte consolidação de jurisprudências inviabilizadoras da missão institucional.

O objetivo deste trabalho, portanto, é demonstrar fundamentos jurídicos para que, no novo processo brasileiro, evite-se a prevalência de certa jurisprudência altamente danosa à proteção da probidade na administração pública, exortando-se os membros do Ministério Público a empreenderem todos os seus esforços jurídicos, doutrinários e acadêmicos no combate a referida exegese.

2. Fundamentação

2.1 Significado jurídico de improbidade administrativa

Não é novidade para o operador do Direito a constatação de que certos termos possuem significado jurídico bastante distinto do sentido que lhes empresta o vernáculo. Recorde-se, a propósito, que, no mundo jurídico, nu-proprietário não significa proprietário despido, assim como nem sempre praticar novamente um crime é reincidir. Da mesma maneira, requisitar é bastante diferente de solicitar.

No entanto, talvez por desatenção de muitos, mas também por premeditada intenção de alguns poucos adaptarem o conceito jurídico de improbidade administrativa às suas preferências ideológicas ou convicções de política legislativa - papel este último bastante perigoso para ser exercido por um magistrado enquanto julgador, em que pese se reconheça seu direito de exercê-lo *de lege ferenda* enquanto doutrinador ou cidadão, mas apenas enquanto tal - verifica-se que muitos julgados têm pretendido reduzir o conceito jurídico de improbidade à sua acepção vernacular, qual seja, desonestidade ou imoralidade para a qual seria necessário um comportamento verdadeiramente devasso do agente público.

O exemplo mais conhecido desta confusão entre o sentido jurídico e o significado vernacular de improbidade administrativa é o seguinte julgado (já com mais de uma década) do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE DE PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.

Recurso improvido.

(Resp 213994/MG, 1ª. T, j. 17.08.99, DJ 27.09.99, p. 59)

Em descrição telegráfica, eis o histórico do caso: N.C.P, então prefeito de Itutinga/MG, contratou vários servidores, sem realizar prévio concurso público, entre 1989 e 1992, motivo pelo qual foi condenado, em primeira instância, à suspensão de seus direitos políticos por cinco anos e à proibição de contratar com o Poder Público, por três. Apelou ao Tribunal de Justiça mineiro, ocasião em que a sentença foi reformada, isentando-o de **qualquer** sanção, ao argumento de que a Lei de Improbidade apenas poderia ser aplicada ao administrador desonesto, imoral, que agisse de má-fé, jamais ao administrador incompetente, especialmente em um município em que “reina a pobreza, companheira da desinformação”. Inconformado, o Ministério Público mineiro interpôs recurso especial alegando violação dos artigos 11, caput e 12, III da LIA.

Desde então, a afirmação “*A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil*” transformou-se em bordão para fundamentar suposta improcedência de várias ações de improbidade administrativa, fazendo-se, pois, necessário demonstrar que aquele entendimento viola, flagrante e diretamente, as Leis e a Constituição federais, desafiando a interposição de recursos especiais e extraordinários, além de intenso trabalho de convencimento acadêmico, sob pena de omissão do Ministério Público para com o desbaratamento da proteção legal ao bem jurídico probidade administrativa.

2.2 Tipologia dos atos de improbidade

Em brevíssima síntese, cumpre recordar que os atos de improbidade administrativa são previstos, em rol meramente enunciativo, nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei Federal 8429/92 (LIA), sendo classificados, respectivamente, como atos de improbidade que “importam enriquecimento ilícito”, que “causam prejuízo ao erário” e que “atentam contra os princípios da Administração Pública”

Se a desonestidade e a devassidão (ou mesmo a má-fé) do agente público no trato com a coisa pública são realmente elementos presentes nos atos de improbidade que “importam enriquecimento ilícito” (artigo 9º), não se pode concordar que tais chagas hajam de estar presentes para configuração de todo e qualquer ato de improbidade previstos nos artigos 10 e 11 da LIA, conforme abaixo se exporá.

2.3 A desonestidade, imoralidade ou má-fé no Art. 10

Exigir prova de desonestidade ou de imoralidade – ou mesmo de má-fé - para condenar agente público por ato de improbidade administrativa “que cause prejuízo ao erário” (como na hipótese de dispensa indevida de licitação) é exigir algo que lei nenhuma exige para configuração daquela modalidade de improbidade⁹⁹.

Recorde-se ainda que o artigo 10 da LIA é explícito ao permitir que se considerem ímprobos atos culposos, Logicamente, não será qualquer culpa que levará à improbidade. A culpa há de ser grave para configurar improbidade, como ao deixar-se de licitar quando claramente a licitação seja exigível e não seja dispensável (inciso VIII), como ao conceder benefício administrativo ou fiscal de forma temerária (inciso VII) ou ainda ao agir *negligentemente* no que diz respeito à conservação do patrimônio público (inciso X). Como se cumprir a vontade da lei (punindo por improbidade algumas condutas culposas que causem lesão ao erário), portanto, caso se exigisse prova de desonestidade, imoralidade ou devassidão em tais comportamentos culposos? Aderir a este tipo de exegese, então, inviabilizaria a punição da chamada improbidade culposa, quando o legislador foi claro ao estipular que existe (até citando alguns exemplos, em um dos quais usou a expressão *negligentemente*) a improbidade decorrente da culpa.

Ademais, note-se bem, o artigo 10 da LIA exige apenas a presença de dano ao erário (e não de enriquecimento ilícito) advindo de ação ou omissão, dolosa ou *culposa*,

⁹⁹ Aliás, mesmo provando inexistir prejuízo, em hipótese de dispensa indevida de licitação, deveria haver condenação por improbidade decorrente de violação ao princípio da legalidade (artigo 11 da LIA), se dolosa ou eivada de culpa grave a conduta. Ora, o crime do artigo 89 da Lei Federal 8666/63 não exige para sua configuração demonstração de prejuízo advindo da ausência de licitação, servindo apenas tal constatação para diminuir a pena-base dos nele incursos, jamais para isentá-los de qualquer reprimenda. Ora, se é criminoso o ato do agente público que assim procede, como se negar que também seja ímprobo?

do agente público para reputar como ímprobo aquele ato. E para que houvesse dano ao erário nunca foi necessário que, também e inevitavelmente, houvesse má-fé.

Aliás, até mesmo a existência do indispensável prejuízo ao erário é presumida pelo *caput* do mesmo artigo 10 (de modo que aí se tem a famosa presunção *juris tantum*, invertendo-se o ônus da prova quanto à existência do dano ao erário; CPC, art. 334, IV) quanto às hipóteses enunciativas que a ele se seguem, pois aquele *caput* foi bastante claro ao dispor que “*constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente*”. (grifou-se) Logo, o ônus de provar aquele prejuízo deveria apenas ser imposto ao autor da ação de improbidade que não a fundamentasse em conduta prevista no rol enunciativo daquele mesmo artigo¹⁰⁰.

2.4 A desonestidade, imoralidade ou má-fé no Art. 11

Se pretender exigir prova de desonestidade ou imoralidade para reconhecer-se como ímprobo qualquer ato de agente público “que cause prejuízo ao erário”, conforme se demonstrou, afronta diretamente o texto da LIA, tal exigência, caso levada ao artigo 11, redundaria em verdadeira derrogação judicial daquele dispositivo legal, afrontando diretamente a cláusula pétrea da separação dos Poderes e o princípio democrático, segundo o qual apenas o povo, diretamente ou por seus representantes eleitos, possui poderes para alterar as leis no país.

Isto porque inúmeras violações, até mesmo dolosas, dos princípios vetores da Administração Pública, em que pese acarretarem conseqüências extremamente graves, não pressupõem desonestidade ou má-fé. Citem-se, por exemplo:

¹⁰⁰ Por isto, entende-se que desrespeitam a presunção relativa de prejuízo trazida pelo *caput* do artigo 10 da LIA decisões que exijam do Ministério Público prova de que a ausência de licitação exigível e não dispensável, por exemplo, causou dano ao erário. Cabe ao réu demonstrar que este prejuízo inexistiu.

- a) a conduta do agente público que viola sigilo funcional por mera tagarelice (dando causa ao insucesso de uma investigação policial);
- b) o comportamento de um Secretário de Saúde que se recuse a cumprir ordem judicial de fornecer medicamentos porque discorda veementemente da mesma (colocando em risco a vida de uma pessoa);
- c) a atitude do prefeito que deixa de prestar contas do uso de verbas públicas (acarretando a conseqüente suspensão de repasses de verbas àquele ente);
- d) a postura do prefeito que se negasse a fazer concurso público e continuasse a contratar temporariamente, por anos a fio, dezenas de servidores (privando a Administração de contar com os melhores servidores bem como privando os administrados de igualdade de oportunidades no acesso aos cargos públicos);
- e) o descumprimento por certo alcaide da obrigação de aplicar o percentual mínimo exigido pela Constituição em saúde e em educação (comprometendo a prestação de referidos serviços públicos em seu município);

Ora, todos estes comportamentos podem muito bem redundar de condutas que não estejam eivadas de desonestidade, imoralidade ou de má-fé. Porém, nem por isto aqueles comportamentos deixam de ter conseqüências extremamente graves tampouco por isto deixam de escarnecer dos princípios da Administração Pública.

Aliás, todos aqueles comportamentos citados são considerados pela legislação brasileira como criminosos¹⁰¹. Alguns deles até ensejam intervenção de um ente federado em outro¹⁰². Basta isto para que repugne a tese de que algo considerado criminoso (por vezes até motivo para intervenção de um ente federado em outro) pelo ordenamento jurídico pátrio seja havido como um irrelevante em termos de improbidade administrativa, apenas porque desacompanhado de prova de desonestidade ou de má-fé.

2.5 Artigos 10 e 11 – Fundamentos da punição a título de culpa

¹⁰¹ A saber e seguindo a ordem dos exemplos: crimes de violação de sigilo funcional (CP, artigo 325), de prevaricação (artigo 319) e previstos no Decreto-lei 201-67 (artigo 1º, VI, VII, XIII e III).

¹⁰² CF, artigos 34, VI, VII, “d” e “e”; 35, II, III e IV.

Naturalmente, a culpa (em sentido estrito) é elemento subjetivo incompatível com qualquer ato de improbidade revestido de desonestidade, imoralidade ou má-fé. Talvez por isto muitos que sustentam a inexistência de improbidade administrativa onde inexistir devassidão também censuram toda e qualquer condenação por improbidade a título de culpa, ainda que grave. Recordando-se o precedente de mais uma década do STJ, diriam que “*A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil*”.

Como já se disse, esta exegese, quando aplicada ao artigo 10 da LIA, consiste em verdadeira e inadmissível interpretação *contra legem*, vez que aquele dispositivo legal é claríssimo ao prever (e até ao exemplificar) atos de improbidade culposos.

Cumpra também recordar que a mesma exegese, quando aplicada ao artigo 11 da LIA, impede a punição de condutas gravíssimas e, pior, permite que continuem tendo acesso aos cargos, funções e empregos públicos pessoas que já demonstraram total inaptidão para os mesmos, inaptidão, repare-se bem, que já prejudicou e certamente continuará a prejudicar milhares ou milhões de pessoas.

Espanta, ainda, alguns sustentarem não ser papel do Poder Judiciário ou do Ministério Público, mas sim *apenas* do eleitor, envidar esforços para que agentes públicos comprovadamente desastrosos ocupem os cargos mais importantes da Nação.

Ora, dizer que tal tarefa cabe apenas ao eleitor configura verdadeira inversão de valores (o que prejudica alguns seria mais grave do que aquilo que prejudica muitos) à medida que, mesmo aceitando-se tal ingerência estatal em assuntos estritamente particulares (como na ação de interdição por prodigalidade ou nas ações de declaração de ausência¹⁰³, intentadas pelo Ministério Público e apreciadas pelo Judiciário), reputar-se-ia tal medida exagerada quando se pretendesse defender toda a sociedade.

Cabe, portanto, ao Ministério Público solicitar do Poder Judiciário que, por exemplo, ordenando-se eventual ressarcimento (quando houver prejuízo) e suspendendo pelo menos o direito político de ser eleito (ainda que não haja), impeça agentes públicos violadores dos princípios administrativos mais elementares, mesmo que tenham agido

¹⁰³ CC, art. 22 e CPC, art. 1178

apenas culposamente e *desde que tal culpa seja grave*, de reocuparem por determinado período de tempo cargos públicos, eletivos ou não.

2.6 Princípios constitucionais (proporcionalidade e razoabilidade) e dosimetria da sanção

Boa parte da resistência de alguns em aceitar a aplicação da Lei de Improbidade a casos em que não haja desonestidade ou imoralidade deflui da afirmação de que as sanções da LIA seriam por demais drásticas para tais situações.

O argumento, inspirado nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, verdadeiros nomes jurídicos do bom senso, não se sustenta.

Não se sustenta porque, desde a publicação da Lei Federal 12.120/2009, que alterou o *caput* do artigo 12 da LIA¹⁰⁴, determinando a aplicação isolada ou cumulada das suas sanções, “de acordo com a gravidade do fato”, positivou o que já era entendimento jurisprudencial consolidado antes da inovação legislativa: o reconhecimento da improbidade administrativa não exige que se imponha ao agente ímprobo todas as sanções previstas naquele diploma legal para aquela modalidade de improbidade.

Logo, se o ato de improbidade for de pequena gravidade, já se podia e agora se deve aplicar apenas multa civil. Se for de alta gravidade, aí sim, impor-se-ia suspensão de direitos políticos ou perda da função pública.

Reconhecer-se, portanto, a existência do ato de improbidade mesmo quando ausentes desonestidade ou imoralidade nunca atentou nem atenta contra os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. O efeito pedagógico e profilático, por exemplo, de uma condenação pelo menos ao pagamento de multa do agente público

¹⁰⁴ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, **que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato**: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

que contrata irregularmente servidores públicos é de valor inestimável para a probidade na Administração.

2.7 O cabimento dos recursos especiais e extraordinários

Assim sendo, há de ser empreendido grande esforço dos membros do Ministério Público, seja nos tribunais (inclusive mediante sustentações orais ou entregas de memoriais perante desembargadores e ministros) ou fora deles (em artigos, palestras, conclaves, entrevistas), para desmistificar a **falsa** relação mutuamente inclusiva de improbidade administrativa com desonestidade ou imoralidade.

A proliferação daquela exegese, nestes idos de um novo processo ávido por celeridade e por isto predisposto a consolidar entendimentos jurisprudenciais para dificultar o manejo de recursos, é por demais perigosa para o Ministério Público.

Na seara estritamente judicial, o prequestionamento da matéria (quando ofensa houver aos textos das leis federais e da Constituição) e a interposição dos recursos extremos, seguida de solicitação à Procuradoria-Geral da República para acompanhamento das irresignações, são essenciais para evitar-se a consolidação de uma jurisprudência inviabilizadora da defesa da probidade administrativa.

Afinal de contas, dizer que não há improbidade em casos em que até crime existe, sustentar que não se deve punir nem mesmo com multa quem contrate irregularmente servidores públicos quando a própria CF dispõe (art. 37, §2) que nestas hipóteses além da nulidade do ato deve haver “punição da autoridade responsável”, ou advogar a inexistência de improbidade em hipótese para a qual a própria CF prevê até intervenção revelam afronta manifesta ao ordenamento jurídico federal e constitucional.

3 - Conclusões

I – Nem sempre é necessário também existir desonestidade ou imoralidade no comportamento do agente público para que se considere o mesmo ato de improbidade causador de prejuízo ao erário ou violador dos princípios da Administração Pública.

II – O reconhecimento desta constatação não macula os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, pois a jurisprudência dominante sempre entendeu e a lei hoje determina que a aplicação das sanções da LIA pode ser isolada ou cumulada, dependendo da gravidade do ato.

III – É teratológica qualquer tese que pretenda negar a improbidade administrativa em comportamentos de agentes públicos que, ainda que não necessariamente desonestos ou imorais, são criminosos e, por vezes, até ensejadores de pedido de intervenção.

IV – A punição da improbidade culposa, desde que fundada em imprudência, negligência ou imperícias graves, além de expressamente prevista no artigo 10 da LIA, é essencial para vivificação do artigo 11, não havendo razão para que se tolere a permanência de administradores públicos manifestamente desastrados ou desidiosos em postos chaves do país, quando desde há muito se reconhece que o *Parquet* pode e deve proteger até mesmo o patrimônio particular (interdição por prodigalidade ou declaração de ausência) de pessoas ou famílias expostas a tais comportamentos na esfera privada.

V- O Ministério Público deve empreender esforços processuais, doutrinários e acadêmicos para impedir que a falsa idéia de implicação mútua de improbidade administrativa com desonestidade ou imoralidade transforme-se em jurisprudência dominante, mormente em cenário no qual o novo processo brasileiro coloca cada vez mais dificuldades para rediscussão de exegeses consolidadas.

Do alcance da Lei 11.340/06 no que se refere a quem pode ser beneficiado pela Lei Maria da Penha

Laís Maria Costa Silveira

Promotora de Justiça de Titular da Promotoria de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Belo Horizonte.

Uma das questões que se apresentam polêmicas quando vamos estudar a abrangência da Lei Maria da Penha trata-se das pessoas que são beneficiárias da Lei, ou seja, quais as pessoas a Lei quis proteger com seus dispositivos legais. Numa primeira leitura, logo de início, poder-se-ia dizer que este assunto não representa qualquer dificuldade prática, já que o artigo 1º já estabelece que o objetivo central desta lei é criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. O artigo 2º também nos traz a luz de que: “toda mulher, independentemente de classe social, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade, religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.”

Assim, seria até dispensável qualquer questionamento como o que vamos fazer ao longo deste trabalho. Além de ser bastante clara, a lei não deixa dúvidas de que toda mulher, seja ela qual for, de que idade for, em que situação se encontrar, se for vítima de violência doméstica ou familiar, está sob o manto protetor da Lei Maria da Penha.

Porém, alguns questionamentos surgem na prática forense, como que o vamos abordar a seguir. Há operadores do direito que, ao interpretarem a Lei Maria da Penha, retiram de seu manto protetor as mulheres nas seguintes condições: **mães, filhas e irmãs de homens agressores.**

No nosso modesto entendimento, não há como fazer tal diferenciação, onde a própria lei não o fez. Pelo contrário, o leque aberto pela Lei Maria da Penha é para abrigar todas as mulheres em situação de violência doméstica e familiar, que tenha relações de afeto com seu agressor, não havendo qualquer motivo para excluir do seu manto protetor qualquer das mulheres elencadas acima, pelas razões que passaremos a expor.

A questão de gênero

O GÊNERO deve ser entendido porque foi o móvel principal para os estudos que geraram esta lei especial. Gênero é um conceito sociológico, que divide o ser humano em homens e mulheres. Durante muitos e muitos anos, e até hoje isto se verifica, houve a supremacia do gênero masculino sobre o feminino, em todos os aspectos. Basta uma simples verificação na história, desde os tempos antigos até os atuais, os grandes feitos foram por homens do sexo masculino. Têm-se muito pouco registro de mulheres que fizessem a diferença e que deram sua contribuição para o avanço social e econômico.

O sistema patriarcal era visto como absolutamente normal, tendo a mulher sempre um papel coadjuvante em toda a história humana, em todas as partes do mundo, em todas as civilizações de que se tem notícia. Desta forma, desde que se entende e se estuda as civilizações, temos que o papel da mulher é definido como aquela que cuida dos filhos, da casa, do marido, sendo responsável pelos afazeres domésticos. Ao homem, sempre coube a manutenção financeira da casa e da família, as decisões mais importantes no que diz respeito aos entes familiares, como também fora de casa, nas organizações de cunho social e político. Sempre coube ao homem a tarefa de se responsabilizar pelas questões de organização social, representar a mulher e sua família perante a sociedade.

Daí vem a importância do entendimento do que seja GÊNERO, no sentido de diferenciação do masculino e feminino, com todas as suas características. Com a supremacia do gênero masculino em relação ao feminino, muitas questões ficaram estabelecidas de forma a ser usual e comum em muitas, senão todas, as culturas, a submissão do gênero feminino ao gênero masculino. Evidentemente, que esta realidade muito fez crescer e desenvolver o mundo em que hoje vivemos, mas, encobriu durante séculos as angústias e sofrimentos das mulheres.

GÊNERO: “deve ser visto como elemento constitutivo das relações sociais, baseadas em diferenças percebidas entre sexos e como sendo um modo básico de significar relações de poder”. (Scottt, 1990)¹.

Assim, gênero indica distinção entre atributos culturais alocados a cada um dos sexos humanos. O sexo anatômico e biológico sugere, mas o que determina o comportamento é a construção cultural e social. As características apresentadas como masculina e feminina são ensinadas e assumidas como naturais, inicialmente na família e depois em sociedade. Assim, o menino não brinca de boneca e a menina não joga bola. O Gênero é, portanto, a construção social do masculino e do feminino, mas o conceito não explica as desigualdades entre os sexos. Estas são presumidas dentro do conceito, pois, na definição de gênero, não está explícito o poder assimétrico, não obstante a maioria dos autores reconhecer o conceito, tendo, como ponto de vista a hegemonia masculina.

A Convenção de Belém do Pará de 1994 definiu violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.” Assim sendo, reconhece-se como amparada por esta Lei qualquer mulher sofra qualquer forma de violência, que signifique a manifestação de uma relação de poder hierárquico pelo homem sobre a mulher, seu corpo, seus objetos, que demonstrem qualquer tentativa de dominação pelo homem ou discriminação contra a mulher, que ocorra no âmbito da unidade doméstica, por pessoas unidas por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação

Ao longo do desenvolvimento da humanidade, o homem esteve ligado à cultura e a mulher à natureza. Assim, a mulher é ligada diretamente à procriação, cuidados com a prole e a família, e todos os afazeres que a colocaram ligadas diretamente dentro de casa, e responsável pela harmonia do lar. Ao homem foi associada a cultura, e desta forma, ele foi naturalmente se associando aos demais pares, construindo o mundo externo e sendo responsável pela manutenção da família. As tarefas são divididas radical e naturalmente. Não se pode esquecer que o fator biológico tem papel fundamental, sendo a estatura dos homens flagrantemente diferente da mulher. À mulher restou o papel de mais fragilidade física e de responsável pelas atividades domésticas. Ao homem, ao contrário, é dada a responsabilidade de sair de casa para buscar os proventos necessários à manutenção da

casa, tendo, flagrantemente, um crescimento corporal ditado pelos aspectos biológicos, bem mais avantajados que as mulheres.

Desde todos os tempos, até os livros infantis há subalternidade para as personagens femininas e uma imagem de incompetência para os negócios e cultura. Outro fator visível é o papel que se espera das meninas, como organizadas e arrumadeiras, enquanto os meninos são os bagunceiros e indisciplinados.

Neste contexto, na mesma casa onde vivem pai, mãe e filhos de sexos diferentes, aos filhos é dado papéis diferentes. Em muitos lares é a filha a responsável pelos afazeres domésticos, enquanto do filho não se é cobrado nenhuma atividade dentro de casa, a não ser a responsabilidade pelos seus próprios estudos e trabalhos. Assim, a irmã é subjugada pelo irmão, infelizmente, com a complacência dos pais, ou seja, do pai e da mãe.

Além do mais, é muito comum que os filhos vejam no exemplo dos pais o padrão de comportamento que devem seguir em suas próprias vidas. Tanto o filho como a filha aprende, no dia-a-dia de sua rotina de casa, que o pai é o detentor das decisões sobre a família e a mãe é a executora das tarefas. Tal padrão de comportamento é aprendido e repetido pelos lares, como um legado cultural que se perpetua geração após geração. Da mesma forma, quando surgem os conflitos entre pai e mãe, os filhos e filhas assistem o pai ameaçar, às vezes até bater na mulher, mas de qualquer forma, é o pai quem dá a última palavra na tomada de decisões.

Infelizmente, não raras vezes, nos deparamos com este padrão de repetição dentro de casa, mesmo antes do filho deixar o lar dos pais, em relação a sua irmã. O irmão sente-se no poder/dever de vigiar a irmã, de chamar-lhe a atenção, e até de usar de força física contra a irmã. Conflitos entre irmãos são muito comuns. Mas quando se trata de irmão contra irmã, aí temos claramente a presença maléfica dos costumes, da violência de gênero. A irmã chega a temer o irmão, tal qual teme o pai. E os episódios de violência são freqüentes, envolvendo irmão contra irmã.

Pensamos que, até por instinto de proteção e sobrevivência, os atritos entre irmão e irmão, que também ocorrem, são motivados e incentivados por outros princípios. Até mesmo o de sobrepor-se ao outro homem é comum nos lares de todos os cantos.

Portanto, é bastante comum ocorrer conflitos entre IRMÃO contra IRMÃ, estando presente de forma cristalina, a questão do Gênero.

Da mesma forma, infelizmente, vemos cada vez mais frequente as agressões e ameaças de FILHO contra MÃE. Para o filho, aquela que o criou, que deu-lhe a vida, que já está mais idosa, reveste-se de fragilidade patente. Se estamos diante de um caso em que a mãe não conseguiu, no curso da educação dos filhos, estabelecer um limite em relação aos seus valores e papéis, comum e corriqueiro que o filho também agrida e ameace a própria mãe.

Alguns aplicadores da Lei Maria da Penha pretendem retirar da proteção desta lei as irmãs e as mães, quando são vítimas da violência de seu irmão ou filho, respectivamente. Ocorre que a lei, quando descreve quem são beneficiárias desta lei, não fez qualquer distinção de idade, ou da qualidade do agressor, exigindo-se apenas que seja do sexo masculino e que mantenha com a vítima relações de afeto ou familiar.

“Para os fins deste capítulo, que tem como foco os sujeitos passivo e ativo do crime de violência doméstica, podemos sintetizar os conceitos expostos, sustentando que a vítima é toda pessoa que, individual ou coletivamente, sofre danos de ordem física, psicológica, moral, sexual ou econômica decorrentes de prática de atos ilícitos – sejam eles penais, civis ou administrativos – e que, por esse motivo, sofre grave violação dos seus direitos fundamentais.”²

Estudos sociológicos feitos neste sentido, para traçar o perfil do agressor e das agressões, a pesquisa Data Senado concluiu que 66% das vítimas de violência doméstica e familiar sofreram agressões por parte de seus maridos ou companheiros. Tais dados são similares aos encontrados na pesquisa feita pelo **Instituto da Mulher na Espanha que concluiu: que 52% das agressões são praticadas pelos maridos ou companheiros, 18% são praticadas pelos irmãos, 12% das agressões são praticadas por filhos e 11% das agressões são praticadas pelos pais das vítimas mulheres.**²

Assim, fica muito claro que as MÃES, IRMÃS E FILHAS também são vítimas de violência doméstica e familiar, digna de nota e de registro, não podendo estar à margem da proteção dada pela Lei Maria da Penha.

Ademais, não cabe aos operadores de direito e doutrinadores, que se debruçam sobre esta questão, fazer uma diferenciação onde o legislador não fez qualquer ressalva.

O artigo 1º diz claramente: “Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo §8 do artigo 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

Por mais que se debruce sobre tal texto de lei, não há como se interpretar estarem as irmãs, filhas e mães à margem da proteção legal. O texto diz claramente em Mulher, não fazendo qualquer outra distinção, desde que seja vítima de violência doméstica e familiar.

Também o artigo 2º, mais claramente ainda, estabelece: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.”

Mais uma vez estamos diante de um texto claro, em que se vê a proteção da mulher, independentemente de qualquer condicionante. Estabelece que toda mulher tem direito a viver uma vida sem violência, com a preservação de sua integridade física e mental. Portanto, estão também aí incluídas as mães, em relação a seus filhos, as irmãs, em relação a seus irmãos e as filhas, em relação a seus pais.

Muito comum na nossa prática diária, recebermos em nosso gabinete, mães, idosas, sofridas, relatando maus tratos sofridos por seus próprios filhos, de forma que às vezes têm medo de que eles lhes tirem a vida, temendo até mesmo voltar para a casa, por não se sentirem seguras. Infelizmente, isto é bastante comum e até corriqueiro. Muitos filhos exigem da mãe muito mais do que elas podem lhes dar, além do que já deram. Na maioria das vezes, tais casos estão associados ao abuso de drogas e álcool. Mas é real e

merecem a nossa atenção e providência, para a preservação da mulher, como quer e manda a Lei Maria da Penha.

Outras vezes, e não raras vezes, temos casos em que os agressores são irmãos contra suas irmãs, dentro do lar, apesar de ainda terem a presença de pai e mãe. Outras vezes, as agressões ficam mais evidentes quando pai e mãe já faleceram, e as agressões são geradas no contexto de disputa de bens deixados pelos pais. Tivemos muitos casos em que as mulheres reclamam da truculência de seus irmãos e têm receio de que suas ameaças se concretizem.

A questão de maus tratos de pai contra filha é mais complexa, porque tanto aparece como um contexto simplificado, apenas de querer impor a vontade e autoridade a todo custo. Mas não raras vezes nos deparamos com casos de abusos sexuais de pais contra suas próprias filhas, às vezes ainda crianças, adolescentes ou já mulheres feitas.

Pior ainda quando nos deparamos com casos de pai, irmão ou filho que abusa sexualmente, agride fisicamente e ameaça a filha, a irmã ou a própria mãe, sendo as mulheres ainda vítimas de debilidade mental. É estarrecedor, mas, é real e está abrangido pela proteção dada pela Lei Maria da Penha.

Neste contexto, qualquer tipo de agressão, física ou psicológica, ocorrida dentro do espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo de conjugalidade ou consangüinidade, são protegidos e abrangidos pela Lei Maria da Penha. Afinal, o artigo 4º é claro quando nos indica que “na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina, e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

Conclusão

Assim, defendemos a tese de que a Lei Maria da Penha não se aplica apenas quando há vínculo de conjugalidade entre o agressor e a vítima, podendo ser outros os laços que os unem, desde que esteja presente a situação doméstica e familiar. Tudo isto, em última análise, vai desaguar nos vínculos afetivos em geral, que não são apenas os de homem/mulher como parceiros conjugais.

Bibliografia

- 1) Políticas para mulheres em Fortaleza – Desafios para a igualdade – Organizadoras: Maria Elaene Rodrigues Alves e Raquel Viana – Fortaleza – 2008, página 139.
- 2) Violência Doméstica – Análise artigo por artigo da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06 – Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti
- 3) Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher – Sérgio Ricardo de Souza, editora Juruá, 2007
- 4) Violência Doméstica – Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo – Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, editora Revista dos Tribunais, 2007.
- 5) Violência Doméstica – Vulnerabilidade e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar – Fausto Rodrigues de Lima, Claudiene Santos (coordenadores), Lumen Juris Editora, 2009.
- 6) Direitos Humanos das Mulheres – Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Correa, editora Juruá, 2009.
- 7) Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – Lei 11.340/06 - análise crítica e sistêmica – Pedro Rui da Fontoura Porto – editora Livraria do Advogado – 2007
- 8) Comentários à Lei de Violência e Familiar Contra a Mulher – Adriana Ramos de Mello, editora Lumen Juris
- 9) A Lei Maria da Penha na Justiça – Maria Berenice Dias, editora Revista dos Tribunais, 2007

A inaplicabilidade da suspensão processual nos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher

Laís Maria Costa Silveira

Promotora de Justiça titular da Promotoria Especializada no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a mulher de Belo Horizonte/MG

É comezinho que o Juizado Especial, regido sob a lei 9099/95, não teve êxito na solução da violência doméstica. Ao contrário, “A atuação deficitária dos juizados nos tratos da violência doméstica, juntamente com a classificação deficiente do crime de lesão corporal pelo Código Penal e as penas aplicadas, quase que estimulam novas agressões”¹⁰⁵.

Por outro lado, o que ocorria era que:”a violência denunciada pelas mulheres e julgada nos Juizados Especiais tem, por força da Lei, a solução da conciliação, no que se refere ao delito, além da tentativa de reconciliação do casal, levando a mulher desistir de levar o caso adiante, mediante o compromisso verbal do agressor, de não mais praticar atos violentos”¹⁰⁶.

Significa, em outros termos, o compromisso do agressor de não mais praticar crime, o que é risível em um contexto normativo em que tal compromisso é intrínseco ao “contrato social”.”o número de delitos que não se cometem pelo temor a ser condenado à prisão ou pelo reforço dos valores socialmente assumidos na Justiça que a presença da prisão gera e que tem fiel reflexo nas manifestações da opinião pública determinadas por uma

¹⁰⁵ DIAS, Sandra Pereira Aparecida. **Bem vinda, Maria da Penha!** Jus Vigilantibus, Vitória, 08 ago. 2006. Disponível em <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/22173>. Acesso em: 09 dez. 2008, p.3.

¹⁰⁶ CAMPOS, Carmen Hein de. **O discurso feminista criminalizante no Brasil**, p.91

percepção de que o sistema prisional é demasiado “generoso” com os delinqüentes, produzindo um sentimento de desconfiança social para dentro de todo o sistema penal.¹⁰⁷

Por isso, a ferramenta ainda válida é, no caso, a coerção penal, mesmo que efetivamente tenha-se uma pena mínima, o agressor se vê sujeito à reprimenda penal e à inserção de seu nome no rol dos culpados, o que pode lhe servir de óbice ao cometimento de novo delito. A prejudicialidade da aplicação da Lei 9099/95, reside na perspectiva de impunidade vislumbrada pelo agressor. “O principal argumento é que, depois de tanta luta para que a violência contra a mulher fosse tratada como crime, e como violação de direitos, os novos procedimentos processuais afastam a possibilidade de uma condenação e permitem que estes agressores nem cheguem a julgamento”¹⁰⁸

Não se ignore os efeitos do regime celular no indivíduo, porque “uma instituição dessa natureza cria um sentimento de esterilidade absoluta, onde a origem reside na desconexão social e na impotência habitual para adquirir, dentro do estabelecimento prisional, vantagens que sejam transferíveis à vida que desenvolve em liberdade”¹⁰⁹, com isto, no cometimento de violência doméstica envolvendo delitos cuja pena aplicável seja maior, os efeitos da potencial reprimenda são sentidos antes mesmo de qualquer punição.

Quando se pensa em uma estepe de alternativas à pena privativa de liberdade, o que ocorre mais comumente nos delitos de violência doméstica de classe inicial, tais como ameaça, cárcere privado e lesão corporal simples, a utilização das sanções alternativas somente faz sentido quando posterior à sentença.

A Política Penal atual, com a nova cultura do controle social sobre o delito “já não busca alcançar os fatores que levaram o cidadão ao crime e sim, reduzir-lhes a

¹⁰⁷ Nunes Apolinário, M.: *"As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo"* em *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, Número 78, 2007.

¹⁰⁸ IZUMINO, Wânia Pasinato. **Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: contribuições para a consolidação de uma cidadania de gênero.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 40, 2002, p.291.

¹⁰⁹ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcel y Fábrica: los orígenes del sistema penitenciario, siglos XVI-XIX.* 2ª. Ed. México: Siglo Veintiuno, 1985

oportunidade para que não cometa delitos”¹¹⁰. Na violência doméstica, o vetor deve ser oposto, para sua erradicação.

Destarte, rechaça-se a hipótese da aplicação da transação penal, da suspensão processual, porque “A Lei 9.099/95 deu ao cidadão a opção de livrar-se do ônus do processo sem mesmo ter que discutir a culpabilidade, ainda que, à luz da política de consenso que a orienta, tenha ele de realizar certas concessões, como submeter-se a medida alternativa ou a período de prova”¹¹¹, o que teria por consequência um enorme retrocesso no que tange à proteção da vítima de violência doméstica, porque não conscientiza o agressor.

O escopo da Lei 11.340/06, foi diferenciar a natureza da punição para o agressor doméstico, segundo o critério da individualização das penas, excluindo a aplicação da Lei 9099/95, recusando a aplicação de seus institutos, posto que “as mulheres enfrentam também a incapacidade preventiva e resolutória dos Juizados Especiais Criminais, possuidores de procedimentos muito questionados pelas feministas hoje. Os operadores dos Juizados reafirmam os estereótipos negativos, não previnem a reiteração da conduta, não contribuem para a efetiva gestão do conflito e se mantêm cegos aos apelos da vítima quanto aos seus reais interesses, deslegitimando o problema”¹¹², com isso, minimizam a violência.

Necessário lembrar que a inclusão do parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, tornou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, o que significa a imediata aplicação da Convenção de Belém do Pará, porque norma cogente.

¹¹⁰ **Nunes Apolinário, M.:** *“As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo”* en *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, Número 78, 2007.

¹¹² HERMANN, Leda. **A dor que a lei esqueceu comentários à lei nº 9.099/95.** São Paul: Cel-Lex, 2000, p.128

Na referida Convenção, o artigo 7º, alíneas “b” e “e”, dispõe que “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;” bem como tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher.

Sobreveio a Lei 11.340/06, para não mais atribuir aos JECRIMs (Juizados Especiais Criminais), a competência para processar crime ocorrido em situação de violência doméstica e familiar, posto que exceto da esfera de delitos de “menor potencial ofensivo”. **E tal alteração legislativa foi dada como resposta à sociedade que reclamava uma punição efetiva**, porque antes, os réus, quando condenados “eram obrigados apenas a pagarem uma cesta básica alimentar ou prestar serviços à comunidade. Tal situação tem levado à banalização da violência doméstica, desestimulando as vítimas a denunciar esses crimes e dando aos agressores um sentimento de impunidade”¹¹³.

A Lei 11.340/06, no fluxo da legislação internacional, e em decorrência de punição por corte internacional, veio responder a este anseio social de justiça. Tudo, para sanar a gravidade dos problemas que fizeram parte da justiça concensualizada dos Juizados Especiais para as mulheres vítimas de violência de gênero. Afirma Letícia Franco que:

“O que se observa, diante do estudo da justiça penal concensuada em face da violência contra a mulher, é que o procedimento criminal destinado aos crimes de menor potencial ofensivo **mostra-se socialmente ineficaz**, na medida em que, privilegiando uma contraditória celeridade do procedimento, não **discute suficientemente o conflito, não oferecendo, às partes deste, solução, ou se reduzindo a acordos impossíveis de execução forçada**; ou ainda realizando-se mediante propostas de pena antecipada prioritariamente pecuniária, (inviabilizando a ressocialização do autor do fato), ou não

¹¹³ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**, p.88.

previstas em lei (como o pagamento de cestas básicas, que é a criação judicial), ou, raramente, de penas de prestação social cujo cumprimento é parcamente fiscalizado”¹¹⁴ (g.n.)

Outrossim, ainda que fosse possível a aplicação do referido instituto, não poderia o Ministério Público oferecer tal proposta quando do oferecimento da denúncia, sob pena de **inquestionável prejuízo ao réu**. Consoante o Novo Código Processual Penal, pode o Juiz, antes de promover a citação, apreciar de plano a Denúncia avaliando as hipóteses que ensejariam a absolvição sumária, consoante artigo 396 o que seria mais benéfico ao réu. Tal medida, por si só, afeta a garantia do devido processo legal.

De outra sorte, para os que entendem que o recebimento da Denúncia se dá quando da apreciação da defesa preliminar, conforme Artigo 397 do novo Código, **a suspensão do processo só teria lugar após a apresentação da defesa prévia**, após o magistrado afirmar não estar presente qualquer das hipóteses que autorizam a absolvição sumária, o que garantiria ao réu a ampla defesa, pois o agressor tem de optar pela diminuição de seus direitos ou enfrentar o processo, sem que tenha sido ouvido ou que tenha produzido qualquer tipo de prova em sentido contrário ao que está narrado na Denúncia, o que resta em evidente prejuízo ao direito de defesa, vez que, presente qualquer das hipóteses do artigo 397, restaria o agressor absolvido. **O oferecimento de proposta de suspensão feriria, assim, a garantia do réu ao devido processo legal e presunção de inocência.**

Observando que o artigo 394 do CPP estabelece o procedimento comum sumário, para suspender o processo, é preciso que ele exista, o que implica necessariamente no recebimento da denúncia.

Oferecida a Denúncia e avaliada a defesa preliminar, é possível, ainda a determinação da produção antecipada das provas consideradas urgentes antes da suspensão, caso em que não haveria economia processual, tampouco a suspensão teria

¹¹⁴ AMARAL, Cláudio do Prado. *A Lei nº 9.099/95, a Política Criminal e a Violência Doméstica contra a Mulher*. In, REALE JÚNIOR, Miguel e PASCHOAL, Janaína. *Mulher e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 120.

seu alcançado seu objetivo de evitar o processamento do agressor. Também restaria o agressor prejudicado.

“Na verdade, se com a simples suspensão do processo, em face de uma questão prejudicial, cuja solução no cível não dura mais que três ou quatro anos, o legislador determinou a ‘ouvida das testemunhas e de outras provas de natureza urgente’, é sinal de que considerou a prova testemunhal como urgente.HC 99989/SP - DJe-231 DIVULG 09/12/2009 PUBLIC 10/12/2009”

A utilização do período de prova na suspensão processual, cujo mínimo é de dois anos, pode trazer conseqüências e impedimentos para o agressor, por exemplo na obtenção de emprego, pois na ficha de antecedentes criminais constará um processo em suspensão, o que significa prejuízo, caso o mesmo pudesse ter sido absolvido.

Ademais, as “condições” propostas no sursis processual tem igual natureza punitiva e sancionatória do instituto do sursis penal, razão porque as mesmas proibições não podem ser consideradas despenalizantes, uma vez que se trata do mesmo contexto jurídico. Será então o agressor sujeito a uma espécie de “**pena processual**”, **sem condenação e eventualmente de mesma monta que a que receberia no caso de condenação! Evidente o prejuízo ao agressor.**

O Poder Judiciário carece da capacidade instrumental de prestar eficazmente à sociedade e à vítima a **fiscalização do cumprimento pelo agressor das condições a ele impostas**, assim como ocorre na decretação das medidas protetivas, o que sana apenas a sensação de insegurança, oriunda da multiplicação emocional do perigo existente, sanando apenas a insegurança social e da vítima, vez que o arbitramento das mesmas não retira do infrator a capacidade de cometer o delito que intenta. Se o Poder Judiciário não tem condições de processar e jugar todas as causas relativas à violência doméstica, da mesma forma, não há como acreditar que irá ter condições de fiscalizar o cumprimento das condições impostas quando da suspensão do processo. Mais uma vez, cairemos na impunidade, que fortalece os réus e somente aumenta a violência, doméstica, que tanto tentamos enfrentar.

Por outro lado, tais condições geram insegurança para o agressor, posto que a qualquer momento pode ser surpreendido com uma eventual reclamação descabida da vítima de violação do mesmo às condições impostas, o que findaria com a suspensão.

Isto retira do instituto sua utilidade, transformando-o tão somente em **uma forma de “livrar-se mais rápido do processo”, com prejuízo evidente para o agressor e para a vítima, sem qualquer garantia de ressocialização, desatendendo, ainda a garantia constitucional de “individualização da pena”, prevista na Lei 11.340/06.**

A experiência forense nos mostra que, quando o problema é a violência doméstica e familiar contra a mulher, a nova incursão sempre acontecerá antes do término do período de prova, pois vê-se que há um número de delitos reiterados pelos mesmos agressores contra as mesmas vítimas. O que faz da suspensão processual uma solução temporária para um problema permanente. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

“Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, discute-se a constitucionalidade do preceito no que envolvida a razoabilidade considerado o fato de, na maioria das vezes, ocorrendo a retratação, **seguir-se violência contra a mulher em gradação maior**”¹¹⁹ Afinal, como a violência doméstica é cíclica, se não estancada, o agressor estará em breve sendo processado novamente, o que não resolve o acúmulo processual. Raros são os casos em que este tipo de ilícito foi um incidente isolado na vida do réu.

Por outro lado, ainda que enfrente a persecução penal e seja condenado, a execução da pena, ainda que pequena, significa **condenação capaz de gerar reincidência** e, como nos delitos de violência doméstica é esperado o aumento do nível de violência quando esta não é estancada, a PRIMEIRA condenação deve, além de ter o efeito retributivo e fazer crer que não há mais impunidade neste tipo de crime, fazer com que o agressor se sinta desestimulado de cometer novo delito.

Considerando que tais delitos são tipificados na Lei 11.340/06 como violação dos direitos humanos, a avaliação da utilidade da demanda judicial é feita frente aos Direitos Humanos das vítimas, e frente à necessidade de PREVENÇÃO de novos delitos.

Com base nisso, o Estado-Acusação ou o Estado-Juiz, não possui legitimidade para perdoar, e **quando o faz de forma velada, a sociedade interpreta como se fosse incentivo à delinquência ou aumento da impunidade, criticando a atuação do representante do Ministério Público que exortou pelo abrandamento das conseqüências do crime para o acusado, fazendo com que tal suspensão tenha por**¹¹⁵**sinônimo a impunidade, descaso ou benevolência, desprezo aos direitos fundamentais da vítima.**

Resta dizer que tal medida suspensiva não vai aligeirar a pesada carga de processos que estão distribuídos, porque a lei não constitui, por si só, instrumento eficiente de mudança cultural, retratando apenas o reconhecimento de direitos. Por isto a via legal, o processamento criminal pela Justiça é a única e mais eficaz força de restabelecimento do equilíbrio social, rescindido pelo crime; o sistema judicial deve atuar em nome da "ordem pública" do "bem comum", do adequado provimento jurisdicional.

Ainda que fosse possível juridicamente falar na suspensão processual do artigo 89 da Lei 9099/95, não seria a mesma deferida ao comitente de violência doméstica, porque as condições do referido artigo não seriam satisfeitas, já sua aplicação se condiciona à presença dos requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, inerentes ao artigo 77 do Código Penal, dentre os quais o atendimento às condicionantes do artigo 44, que prevê para os delitos cuja pena seja inferior a 4 anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, nos delitos com qualquer pena sendo o crime culposos; Condiciona, ainda, à reparação do dano.

No delitos de violência doméstica contra a mulher, os delitos são de natureza dolosa e sempre cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, os motivos são reprováveis pois consistem em violência machista, **as circunstâncias do crime não autorizam a suspensão porque não erradicam nem previnem nova violência sobre a mesma vítima e há violação aos direitos humanos. Também não é possível a**

¹¹⁵ HC 98880 / MS - MATO GROSSO DO SUL - HABEAS CORPUS- Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO -Julgamento: 12/08/2009 - DJe-160 DIVULG 25/08/2009

reparação dos danos. Portanto, mesmo que tratássemos de agressor primaríssimo, este não alcançaria os critérios legais.

Por fim, para espancar a questão, o **STF** em decisão no Habeas Corpus nº 98880, cujo Relator foi o Min. MARCO AURÉLIO, julgado este datado de 12/08/2009, **considerou IMPRÓPRIA a mesclagem das leis Nº 11.340/2006 e 9.099/95**, oportunidade na qual decidiu quanto à oportunidade para renunciar à representação, que haveria de ser formalizada antes do oferecimento da denúncia, sob pena de preclusão, bem como, com clareza solar fala da impossibilidade da suspensão do curso da Ação Penal, nos seguintes termos:

“A **Sexta Turma do Superior** Tribunal assentou não se aplicar aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, os ditames da Lei nº 9.099/1995, anotando estar expressa, no artigo 44 da Lei nº 11.340/2006, a proibição de utilização do procedimento dos Juizados Especiais nessa hipótese. Não fora isso, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, discute-se a constitucionalidade do preceito no que envolvida a razoabilidade considerado o fato de, na maioria das vezes, ocorrendo a retratação, seguir-se violência contra a mulher em gradação maior. Em segundo lugar, não cabe distinguir onde o legislador não o fez. Com a regência especial referente à violência contra a mulher, predomina o critério específico, valendo notar que o artigo 41 da lei citada afasta, de forma linear, a aplicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. A clareza do dispositivo é de molde a não se diferenciar quanto a institutos da lei dos juizados especiais.”

Conclusão

A intensidade, a frequência e a gravidade dos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, por si só desautorizam a aplicação da suspensão processual. Aliado a isto, observa-se que a suspensão em nada altera a potencialidade violenta do agressor, nem diminui a vulnerabilidade da vítima, não funciona como prática preventiva, não erradica a violência. Desatende ao objetivo da Lei 11.340/06. **Por estas razões e pelos argumentos técnicos apresentados, considero inaplicável a suspensão processual aos delitos desta natureza.**

Hipossuficiência do autor e princípio da universalidade

Luciano Moreira de Oliveira
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de
Minas Gerais

1. Introdução

O texto da Constituição vigente foi pioneiro em assegurar, expressamente, a saúde como direito fundamental no Brasil. Mesmo estabelecendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CR/88) e prevendo a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*, da CR/88), o constituinte fez questão de definir a saúde como direito social (art. 6º da CR/88) e tratar do tema de forma pormenorizada no âmbito da seguridade social (art. 196 ao art. 200 da CR/88).

Referida normatização é uma grande conquista da sociedade brasileira e resultado de um processo de ampla mobilização e debate, que foi promovido, primeiramente, pelos ativistas do movimento de reforma sanitária e, posteriormente, por diversos segmentos da sociedade durante a constituinte.

As propostas do movimento reformista refletiam os anseios por um novo modelo de saúde para o Brasil, contraposto às políticas fragmentárias, com enfoque simplesmente curativo, seguindo uma lógica hospitalocêntrica e morbo-cêntrica. Até então, apenas parcela da população – trabalhadores formais – tinha acesso garantido aos limitados serviços públicos disponíveis, que estavam concentrados nos grandes centros urbanos. Aos demais, restava o pagamento direto ao prestador de serviço ou a caridade, objeto das entidades religiosas.

Frente a essa realidade, buscou-se assegurar a todos igualmente o acesso a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, satisfazendo as necessidades do indivíduo em sua plenitude. As ações e serviços públicos de saúde, conforme restou consagrado na Constituição, devem ser organizados em sistema único, financiado por toda a sociedade, nos termos do art. 195 da CR/88, resguardada, no entanto, à iniciativa privada, a possibilidade de exploração da assistência à saúde.

Seja por se tratar de direito fundamental ou pela expressa dicção do art. 196 da CR/88, constata-se que o acesso à saúde é direito de todos, razão pela qual a universalidade é princípio que norteia o SUS em todos os níveis de assistência.

A despeito dos antecedentes acima expostos, tem-se constatado, na doutrina¹¹⁶ e jurisprudência brasileiras¹¹⁷, restrições à garantia de prestações que tenham por fundamento o direito à saúde, ao argumento de que o Poder Público somente está obrigado a atender ao pedido se o autor é carente de recursos financeiros para custear aquilo que pleiteia. A hipossuficiência, mesmo em acórdãos de vanguarda, é rotineiramente utilizada como argumento para o deferimento da pretensão.

Nesse sentido, dados da pesquisa Saúde nos tribunais: jurisprudência e políticas públicas em confronto, realizada pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais – ESP/MG – e Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MP/MG, revelam que, do total de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG – que tratam do direito à saúde e que foram pesquisados (5.813), em 33,82% (1.966) estava presente na fundamentação o argumento de que o requerente não possui condições econômicas para arcar com os custos do pedido. De outro lado, em apenas 2,89% (168) dos arestos pesquisados afirmou-se que o deferimento do pedido independe da condição econômica do requerente.¹¹⁸

Frente a esse quadro de aparente contradição – previsão expressa de universalidade do acesso e exigência de hipossuficiência para garantia do direito em juízo – pretende-se discorrer acerca do princípio da universalidade e examinar a compatibilidade com a citada exigência.

¹¹⁶ Oliveira, F., (2.007), Figueiredo (2.007), Ramos (2.005), Sarlet (2.008) e Lima (2.008) propõem como critério para o deferimento de prestações pleiteadas em juízo a hipossuficiência do autor.

¹¹⁷ Dois acórdãos exemplificam a tendência de utilização do critério de carência de recursos para exame das demandas que tratam do direito à saúde. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento a recurso do Estado do Rio de Janeiro e julgou improcedente pedido formulado em face do mesmo ao argumento que “o Estado, *lato sensu*, só está obrigado ao fornecimento de medicamentos aos cidadãos que não dispõem de recursos próprios para adquiri-los” (RIO DE JANEIRO, Tribunal..., 2.005). Referido aresto restou confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão que afirmou que não seria dado ao tribunal reexaminar se o recorrente de fato era hipossuficiente e aplicou o verbete 279 da súmula do tribunal (BRASIL, Supremo..., 2.007). De seu turno, o TJMG já elegeu como um dos critérios para deferimento de tutela jurisdicional concernente a prestações destinadas a salvaguardar o direito à saúde a hipossuficiência do usuário-autor (MINAS GERAIS, Tribunal..., 2.008).

¹¹⁸ Disponível em <http://spdisa.gti.esp.mg.gov.br/publico>. Acesso em 24/01/2.010.

2. Universalidade: conceito, razões e fundamentos jurídicos

O emprego da expressão universalidade e as referências ao acesso universal à saúde pelos operadores do Direito são, corriqueiramente, imprecisos. Frequentemente, utiliza-se o princípio da universalidade para tratar do objeto de ações propostas, confundindo-o com o princípio da integralidade.

Quando se fala em universalidade, refere-se ao *acesso* às ações e serviços de saúde, como deixam claro o art. 196 da CR/88 e o art. 7º, I da Lei 8.080/90. Trata-se, pois, da titularidade do direito e não de seu objeto.

Nesse contexto, a garantia de acesso universal pode ser resumida à expressão constitucional de que “a saúde é direito de todos”, o que veda o estabelecimento de pré-requisitos ou discriminações para a fruição do direito. Todos, pela só condição de pessoa, têm direito à saúde e de acesso às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CR/88).

A previsão da saúde como direito de todos na Constituição de 1988 resultou de mobilização da sociedade brasileira, deflagrada pelo movimento de reforma sanitária referido na introdução do trabalho. Tal movimento teve como marco a VIII Conferência Nacional de Saúde, que ocorreu em 1986 e propôs as bases do novo modelo de saúde que a Constituição de 1988 consagrou com a previsão do Sistema Único de Saúde – SUS.

Reafirma-se que a previsão do acesso universal à saúde foi uma conquista da sociedade brasileira, uma vez que, até então, o acesso a ações e serviços de saúde era limitado.

A mobilização brasileira em favor da garantia do acesso universal à saúde veio em consonância com propostas internacionais. Nesse sentido, a Declaração de Alma-Ata, elaborada após a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários em Saúde, no ano de 1978, enfatizou que a saúde é um direito humano fundamental e propôs a meta de *Saúde para Todos no Ano 2000*, orientada pelos cuidados primários de saúde.

A declaração de Alma-Ata ainda possui marcante atualidade. A meta proposta não restou alcançada, sendo evidentes as desigualdades no acesso à saúde entre os países e também no interior dos mesmos. Além disso, a expansão dos cuidados primários em saúde permanece necessária e comprovadamente eficaz para promover melhoria nos indicadores de saúde e equidade segundo os sanitaristas.

O Relatório Mundial de Saúde de 2008, elaborado pela Organização Mundial de Saúde – OMS, voltou ao tema dos cuidados primários de saúde propondo aos países membros quatro conjuntos de reformas para orientar o desenvolvimento dos sistemas de saúde, com

alicerce nos valores e princípios dos cuidados de saúde primários. Genericamente, tais reformas foram nominadas como reformas da cobertura universal, reformas da prestação de serviço, reformas da política pública e reformas da liderança.

Interessa, no momento, o primeiro conjunto de reformas referido. Propõe a OMS reformas que “garantam que os sistemas de saúde contribuem para a equidade em saúde, justiça social e para o fim da exclusão, primordialmente através do progresso do *acesso universal* e da protecção social da saúde” (ORGANIZAÇÃO..., 2.008, p. XVI, destacou-se). Conforme propõe a OMS, a cobertura universal deve ser financiada por meio de contribuições pré-pagas, evitando-se despesas diretas aos prestadores de serviço, que muitas vezes são impossíveis para o usuário e outras sacrificam o mesmo e sua família. Além disso, sistemas não universais são marcados por restrições e desigualdades de acesso.

Para a OMS, a cobertura universal, embora não seja por si só, suficiente para atingir a equidade em saúde, é um alicerce imprescindível. Segundo a entidade:

O passo mais fundamental que um país pode dar para fomentar a equidade em saúde é promover a *cobertura universal: acesso universal* a todo um leque de serviços de saúde necessários, pessoais ou não-pessoais, com protecção social da saúde. (ORGANIZAÇÃO..., 2.008. p. 27, destacou-se)

A Constituição de 1988, em primeira linha, estabeleceu, como sabido, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). De outro lado, dentre os objetivos do Estado, encontram-se “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I e IV da CR/88).

Tratando dos direitos fundamentais, a Constituição previu, dentre os direitos individuais, a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*). Conjugada com o princípio da dignidade da pessoa humana e o disposto no art. 5º, §2º da CR/88, a norma seria suficiente para ser assegurado o direito à saúde. Nada obstante, este encontra previsão autônoma, dissociada do direito à vida, tratando-se de direito fundamental, da espécie dos direitos sociais, nos termos do art. 6º da CR/88.

No recente julgamento da STA 175¹¹⁹, o Supremo Tribunal Federal – STF, tendo como fio condutor o voto do Ministro Gilmar Mendes, ratificou e fixou várias premissas acerca

¹¹⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>. Acesso em 19/04/2.010.

dos direitos fundamentais, dos direitos sociais e do direito à saúde. Neste ponto, calha salientar que o STF ratificou que os direitos sociais são direitos fundamentais e que, no Brasil, sua efetivação não encontra obstáculos jurídicos existentes em outros países, pois se submetem ao mesmo regime jurídico que as demais espécies do grupo. Nesse sentido, foram confirmados os precedentes da corte destacando a existência de direito subjetivo a prestações, em especial o AgR-RE 271.286-8/RS, relatado pelo Ministro Celso de Mello. Assegurada a saúde como direito fundamental, isto é, direito humano positivado no Brasil, a cláusula de universalidade é corolário inexorável (ALEXY, 1.999). Isto porque o acesso aos direitos fundamentais depende, unicamente, do pertencimento à espécie humana e de nenhum outro requisito, sob pena de redefinição do próprio conceito de humanidade e retrocesso no estágio civilizatório alcançado (OLIVEIRA, L., 2.009, VIEIRA, 2.006).¹²⁰

Com efeito, embora atualmente possa soar evidente que os direitos fundamentais são devidos a todos, trata-se, em verdade, de conquista da sociedade moderna, tendo se manifestado, pioneiramente, na Declaração de Direitos do Homem, de 1789, sob a influência do ideário da revolução francesa. Até então, as declarações de direitos tinham abrangência limitada, destinando-se a uma parcela da sociedade ou a um determinado povo (BONAVIDES, 2.008). Assim, há que se valorizar tal conquista.

A par da enfática normatização já citada, o constituinte tratou da saúde no âmbito da seguridade social, esta abrangendo, ademais, previdência e assistência social. Nos artigos 196 a 200, estão expressos os princípios da universalidade, igualdade e integralidade, conferiu-se às ações e serviços de saúde – públicos ou privados – relevância pública e esboçou-se o SUS, orientado pelas diretrizes da descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.

É necessário ressaltar que a garantia de acesso universal à saúde não pode ser classificada como atitude irresponsável ou desconectada da realidade social. Isso porque a correspondente fonte de financiamento para o setor, como de resto para a seguridade

¹²⁰ Em acórdão proferido no agravo de instrumento nº 2005.04.01.032610-6/PR, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve decisão de primeira instância que, em antecipação de tutela, determinava a realização de transplante de medula óssea a estrangeiro em situação irregular no Brasil. Na ocasião, afirmou-se que “o art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País, encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais.” (BRASIL, Tribunal..., 2.006)

social, encontra previsão no art. 195 da CR/88, que atribui responsabilidade a *toda sociedade*, através de contribuições e receitas dos orçamentos da União, Estados e Municípios (art. 198, §1º da CR/88).

Em conformidade com as premissas expostas, pode-se afirmar que, dentre os princípios que norteiam o direito à saúde no Brasil, a universalidade goza de prevalência *prima facie* diante dos demais. Isso porque a Constituição, a par de estabelecer que *a saúde é direito de todos*, dispôs ainda que referido direito deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao *acesso universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Assim, pode-se concluir que eventual conflito entre a garantia individualizada do direito à saúde e políticas públicas organizadas para atender às necessidades da população, deve-se tender à segunda alternativa, havendo necessidade de maior carga de argumentação para agir em sentido contrário (OLIVEIRA, L., 2.009).¹²¹

Percebe-se, assim, que o acesso universal às ações e serviços de saúde, a par de ser reconhecido como o caminho para se atingir a equidade em saúde, é direito fundamental, cuja mitigação acarreta inquestionável inconstitucionalidade por ofensa ao art. 60, §4º, IV da CR/88.

¹²¹ Na monografia referida, analisou-se a tensão entre os princípios da universalidade e integralidade quando se trata de demandas por medicamentos. Valendo-se da concepção de princípios e da proposta para a solução de seus conflitos desenvolvida por Alexy, o autor concluiu que o princípio da universalidade e o atendimento a necessidades coletivas através de políticas públicas goza de prioridade *prima facie* diante de prestações individualizadas segundo a Constituição. Estas, para prevalecerem, devem atender ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Resumidamente, para se demonstrar a adequação da medida, faz-se necessária que esta seja apta para atingir o fim colimado. Para tanto, é necessário que o medicamento tenha sido aprovado pela ANVISA e que haja evidências de que seja indicado e eficaz para o tratamento ou controle da patologia ou agravo à saúde. Em seguida, a prestação será necessária se for a via menos gravosa em face do interesse coletivo, exigindo-se, nessa linha, que não haja alternativa terapêutica no SUS. Finalmente, a prestação pode ser considerada proporcional em sentido estrito se for destinada à preservação da dignidade humana, isto é, atender ao mínimo existencial. Assim, considera-se desproporcional em sentido estrito a exigência de marca específica, bem como prestações que, para além da resolutividade do tratamento, tragam simples comodidade para o usuário, isentando-o de responsabilidade pela própria saúde (OLIVEIRA, L., 2.009). De seu turno, o sanitarista Gilson Carvalho, tratando do conflito entre universalidade e integralidade, mormente em face das pressões pela incorporação de produtos e tecnologias, propõe o conceito de *integralidade regulada*, com o objetivo de não deixar de atender as necessidades da pessoa em sua plenitude, mas, ao mesmo tempo, seja afastado o custeio de terapias que não encontrem respaldo em sólidas evidências científicas e que, muitas vezes, têm a incorporação forçada por pressão do capital (CARVALHO, 2.005).

3. É possível exigir a comprovação da hipossuficiência do autor como requisito para o deferimento da prestação pleiteada em juízo?

Como se demonstrou acima, a hipossuficiência ou carência do autor tem sido utilizada na fundamentação das decisões judiciais que tratam do direito à saúde. Embora muitas vezes a afirmação da hipossuficiência seja um argumento a mais, usado para dar sustentação a um provimento judicial de procedência do pedido, há casos em que a afirmada ausência de demonstração leva ao julgamento de improcedência.

No julgamento da apelação nº 2004.001.04764, relatada pela Desembargadora Maria Christina Louchard de Góes, em que um usuário pleiteava o fornecimento de medicamentos ao município do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reexaminando a decisão de primeira instância, reformou-a e julgou improcedente o pedido ao argumento de que o autor não se desincumbiu do ônus de provar fato constitutivo do seu direito (art. 333, I do CPC), qual seja: a ausência de condições de adquirir os medicamentos que pleiteou.

No caso, os desembargadores entenderam que, embora afirmada pelo autor, a hipossuficiência não restou provada, sobretudo porque o mesmo valeu-se de prescrições médicas particulares nos autos, ganhava o equivalente a R\$ 971,05 (novecentos e setenta e um reais e cinco centavos) brutos em abril de 2.003 como agente de trabalhos de engenharia e possuía conta telefônica no valor de R\$ 66,39 (sessenta e seis reais e trinta e nove centavos).

Nada obstante, os desembargadores afirmaram que as doenças do autor e a necessidade de consumo dos medicamentos¹²² restaram provadas. Contudo, decidiram por reformar a sentença e julgar improcedente o pedido afirmando que “o Estado, *lato sensu*, só está obrigado ao fornecimento de medicamentos aos cidadãos que não dispõem de recursos próprios para adquiri-los” (RIO DE JANEIRO, Tribunal..., 2.005).

Como já se demonstrou acima, a universalidade do acesso à saúde é uma conquista da sociedade brasileira, é imprescindível para se atingir a equidade em saúde e está expressamente consagrada na Constituição, integrando o direito fundamental em comento. Assim sendo, restrições ao acesso à saúde, fundamentadas em critérios econômicos, constituem irreparável retrocesso, estão na contramão do que propõem a OMS e os estudiosos da saúde pública e, por fim, transgridem e subvertem o sentido da Constituição.

¹²² Não constam do acórdão quais foram as doenças afirmadas pelo autor e os medicamentos pleiteados.

Primeiramente, como já dito, a saúde é direito humano positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Estes, os direitos humanos, possuem implícita a cláusula de universalidade de acesso, porquanto devidos a todos pela sua só condição de humanidade, independente de qualquer requisito (ALEXY 1.999, CANOTILHO, 2.003). Dessa forma, a oposição de barreiras econômicas para o acesso ao direito à saúde redefine o conceito de humanidade, retrocedendo o estágio civilizatório alcançado.

De outro lado, como já dito, os direitos à vida e à saúde foram consagrados no Brasil como direitos fundamentais (art. 5º, *caput* e art. 6º, ambos da CR/88), sendo certo que a Constituição estabeleceu a universalidade como princípio que norteia o acesso à saúde, nos termos do art. 196 da CR/88. Referido princípio está ainda ratificado no art. 7º, I da Lei 8080/90, que estabelece “a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência” como princípio do SUS.

Em consonância com o que se afirmou acima, no julgamento da STA 175, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, lembrou que o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde. Destacou, ademais, a decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie na STA 91, ocasião em que esta ressaltou que, a princípio, o art. 196 da CR/88 refere-se à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo.

Sendo assim, conclui-se que afronta a Constituição o estabelecimento da hipossuficiência como critério judicial para o deferimento de ações referentes ao direito à saúde.

Advirta-se, ademais, que a interpretação das normas que tratam de direitos fundamentais deve ser extensiva (SALGADO, 2.001), buscando efetivá-lo; donde se conclui que ao intérprete não cabe estabelecer barreiras de acesso ou requisitos não previstos no ordenamento jurídico.

Ainda examinando o texto da Constituição, ratifica-se que a universalidade encontra sustentação na base de financiamento do SUS, prevista no art. 195. Segundo este, a seguridade social, integrada pela saúde, previdência e assistência social, é financiada por toda sociedade, através de contribuições. Assim, o subfinanciamento da saúde,¹²³

¹²³ Segundo dados da OMS (*World Health Statistics*, 2.009), os gastos públicos anuais em saúde no Brasil são da ordem de US\$323 *per capita*, medidos pelo conceito de paridade por poder de compra, segundo dados do ano de 2.006. Comparado com países vizinhos, verifica-se que, nesse período, os gastos públicos em saúde foram de US\$ 549 *per capita* na Argentina, US\$ 363 no Chile, US\$ 396 na Colômbia e US\$ 362 no Uruguai. Para assegurar recursos mínimos para o setor saúde, aprovou-se a emenda constitucional nº 29 em 2.000. Nada obstante, até o momento, não há legislação tratando do tema, o que tem dificultado a cobrança do seu cumprimento pelos entes da federação, sobretudo em razão das discussões acerca do conceito sobre ações e serviços públicos de saúde.

responsabilidade do Estado, não pode ter por consequência a restrição de direito fundamental para o qual houve prévia contribuição de todos.

Deve-se ressaltar, ainda, que a OMS definiu saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Imprescindível, pois, que cada um viva em uma comunidade saudável. Dessa forma, o critério proposto ignora a complexidade das relações sociais mantidas entre as pessoas e que a saúde por vezes se manifesta como direito difuso, razão pela qual se torna inviável a limitação de acesso.

O texto constitucional estabelece, ainda, que a saúde impõe o desenvolvimento de políticas públicas de promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196), razão pela qual não se pode confundir ou limitar direito à saúde à mera prestação de serviços de caráter curativo. Nesse sentido, a limitação de acesso a prestações sanitárias ao argumento de que o autor não comprovou ser carente é míope, uma vez que ignora inúmeras atribuições quotidianamente desempenhadas pelo SUS em favor da coletividade, sem distinção dos beneficiários.

A proposta em exame, ademais, está em descompasso com a organização da seguridade social. Isso porque, como já dito, a seguridade social abrange a saúde, a previdência e a assistência social. A saúde é direito fundamental, orientado, destarte, pelo princípio de universalidade do acesso. De seu turno, para reduzir a desigualdade e atender ao disposto no art. 3º, III, a Constituição previu a assistência social, expressamente destinada aos necessitados (art. 203). Assim, é indevida a utilização de critério econômico como requisito para efetivar o direito à saúde, já que este orienta a assistência social.

Por ter finalidade diversa da assistência social, a lei 8080/90 estabeleceu que o SUS deve organizar-se pelo princípio de “utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática” (art. 7º, VII). Assim, conclui-se que a equidade em saúde deve ser buscada por meio de indicadores epidemiológicos, o que não implica mitigação do princípio da universalidade.

Por fim, ratifica-se que o requisito de carência de recursos ou hipossuficiência não encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, ao admiti-lo como critério para o acesso judicial a prestações tendentes a concretizar o direito à saúde o magistrado atua com liberdade absoluta, uma vez que não há qualquer baliza ou parâmetro para análise. Nesse sentido, o usuário fica sujeito à discricionariedade do magistrado, que desconhece as implicações e consequências das doenças para o indivíduo e sua família.

4. Conclusões

- A universalidade é princípio que norteia o direito à saúde no Brasil, nos termos do art. 196 da CR/88, e implica o acesso de todos a ações e serviços destinados à sua promoção, proteção e recuperação.
- O Princípio da Universalidade é uma importante conquista da sociedade brasileira e imprescindível alicerce para se atingir a equidade em saúde.
- Restrições ao acesso à saúde, fundamentadas em critérios econômicos, constituem irreparável retrocesso, estão na contramão do que propõem a OMS e os estudiosos da saúde pública.
- A definição de prioridades em saúde deve utilizar a epidemiologia, como estabelece o art. 7º, VII da Lei 8.080/90.
- A exigência de comprovação de hipossuficiência do autor em ações que tratam do direito à saúde é indevida e contraria a Constituição, sendo grave equívoco considerar que a carência de recursos é fato constitutivo do direito.

5. Bibliografia

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. [on line], n. 5, p. 139-151, 1.988. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/index.shtml>>. Acesso em: 28 out. 2.007.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, nº 217, p. 55-66, jul./set. 1.999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2.008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2.008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 490.661-9. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 36, 02 mar. 2.007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada n. 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 54, 25 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Agravo de Instrumento n. 2005.04.01.032610-6. Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 688, 01 nov. 2.006.

CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 569-584, 2.003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2.003.

CARVALHO, Gilson de Cássia Marques de. Saúde: o tudo para todos que sonhamos e o tudo que nos impingem os que lucram com ela. *Saúde em Debate*, v. 29, p. 99-104, 2.005.
[on line] Disponível em:
<<http://www.opas.org.br/observatorio/Arquivos/Destaque92.doc>> Acesso em: 13 jun. 2.008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.007.

LEMOS, Newton Sérgio Lopes. O pseudo-dilema do choque de conceitos entre a universalidade e integralidade da atenção em saúde: o que deve o Estado prover ao

cidadão? In: *Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde*, Fortaleza, 4, 2.008.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.008, p. 265-283.

LOPES, Antônio Alberto da Silva. Medicina baseada em evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. *Revista da Associação Médica Brasileira*. São Paulo, v. 46, n. 3, p. 285-288, jul./set. 2.000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação n. 1.0707.07.152307-0/001(1)*. Relatora: Desembargadora Vanessa Verdolim. 25 nov. 2.008. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 21 maio 2.009.

OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*. Belo Horizonte, v. 96, n. 865, p. 54-84, nov. 2.007.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Direito fundamental à assistência farmacêutica: parâmetros para a conciliação entre integralidade e universalidade*. 2.009. 72f. Monografia (Especialização em Direito Sanitário) – Escola de Saúde Pública de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2.009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Relatório Mundial de Saúde 2008: cuidados de saúde primários agora mais que nunca*. Lisboa: Alto Comissariado de Saúde, 2.008.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, v. 22, p. 147-165, out./dez. 2.005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação n. 2004.001.04764*. Relatora: Desembargadora Maria Christina Goes. 17 maio 2.005. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>> Acesso em: 21 maio 2.009.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 39, p. 245-266, jan./jun. 2.001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, jan. 2.002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2.007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.008, p. 11-53.

VIEIRA, Fernando César Carrusca; OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Critério censitário para acesso a direito humanos: o acesso à saúde no Estado democrático de direito. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 6, p. 353-373, jan./jun. 2.006.

Ministério Público como autor de ação civil pública de desapropriação imobiliária

**Marcelo de Oliveira Milagres
Promotor de Justiça**

I – Tema-Problema

O tema-problema se cinge à possibilidade, ou não, da legitimidade do Ministério Público para formular pretensão fundada no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil de 2002.

Se a norma disciplinadora da expropriação é restritiva do direito fundamental de propriedade, seria juridicamente possível a iniciativa da denominada desapropriação privada pelo Ministério Público?

II - Justificativa

A resposta a essa inquietação pressupõe uma interpretação dissociada da mera reprodução mecânica do texto do art. 1.228, § 4º, do Código Civil. Seria necessário adaptar o texto normativo à realidade e às exigências da vida. Se a titularidade da moradia é não relativa, por alcançar qualquer pessoa, é incontestável que a habilitação para exercer essa situação ou posição jurídica é igualmente *erga omnes*.

Embora a literalidade da norma exija que o imóvel seja objeto de pretensão reivindicatória, não há dúvida de que a desapropriação privada pode ser alegada como defesa direta em pretensões também possessórias. Igualmente, poderia ser formulada via pretensão inicial e autônoma.

Uma maior extensão da garantia da propriedade funcionalizada pressupõe alargamento do âmbito de ação da desapropriação privada. É preciso haver igualdade na repartição de encargos entre as pessoas: se um sujeito de direito não exerce efetivamente

o domínio, deve perdê-lo em favor de outro que confere à coisa finalidade primordial e fundamental, que é a moradia, tudo sem afastar a garantia do valor econômico do imóvel.

Se “a legitimidade é a qualidade de um sujeito que o habilite a agir no âmbito de uma situação jurídica considerada”, como quer Menezes Cordeiro,¹²⁴ e se a moradia é um bem essencial e indisponível, parece não haver dúvida quanto ao regramento geral da legitimidade de todos na concretização desse valor universal. A expressão “imóvel reivindicado” deve ser interpretada extensivamente, abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório.¹²⁵

Semelhantes fundamentos autorizam exegese ainda mais ampliativa: a possibilidade de pretensão inicial de desapropriação privada.¹²⁶

Já se entendeu que o “Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que encerrem relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos”.¹²⁷

A essencialidade e a indisponibilidade da moradia, por si só, justificam essa atuação.

Ultrapassando fronteiras e buscando a ampliação de horizontes, também se defende que a ação ministerial não se cinge à qualidade de *custos legis*, tendo o *Parquet* ainda legitimidade extraordinária para propor pretensões de desapropriação em favor dos titulares do direito à moradia, e o fundamento dessa atribuição é constitucional: o art. 127, *caput*, da Constituição da República é expreso ao prever a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis como atribuição ministerial.

¹²⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2007, Livro I, Tomo IV. p. 15.

¹²⁵ Enunciado 310 da *IV Jornada de Direito Civil*.

¹²⁶ Contrariamente, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48; VIANA, Marco Aurelio da Silva. *Comentários ao novo código civil: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 63.

¹²⁷ Enunciado por mim proposto e aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*. Cf. AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado de (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, Vol. II. p.624-625.

A elevada qualificação do direito à moradia como direito autônomo da personalidade, como valor essencial, irrenunciável, da pessoa humana, determina e exige o aprimoramento da ação ministerial, desnecessária a regulação infraconstitucional por se tratar de ação de tutela de direitos indisponíveis.

A autoaplicabilidade do art. 127 é manifesta. Nesse sentido, é o magistério de Teori Albino Zavascki,¹²⁸ por ser a norma constitucional um preceito completo em si mesmo, apto a legitimar o Órgão Ministerial ao exercício das atribuições ali definidas, produzindo toda a eficácia normativa que lhe é própria. Trata-se, pois, de preceito mais específico que o contido no art. 82, III, do Código de Processo Civil, de cuja autoaplicabilidade nunca se duvidou.

Segundo José Carlos de Freitas:¹²⁹

[...] ao atribuir ao Ministério Público o poder-dever de atuar na defesa dos interesses sociais (art.127, *caput*) e de zelar para que os Poderes Públicos respeitem os direitos assegurados pela Carta Magna (art.129, II), como “*verbi gratia*”, o *direito social à moradia* (CF, art.6º, *caput*), a Constituição Federal moldou-lhe com o perfil tutelar qualificado pelo interesse público, e não meramente formal.

Para Rômulo Russo Júnior, o Ministério Público pode propor ação civil pública com vistas à promoção do direito à moradia das pessoas de baixa renda. Segundo o autor, pretensão dessa natureza pode ser formulada para “regularização de uma favela inteira. Trata-se de obra trabalhosa, mas possível.”¹³⁰

Sendo o Ministério Público constitucionalmente autorizado a atuar como substituto processual na defesa e promoção do direito à moradia, tendo o problema da

¹²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 252-254.

¹²⁹ FREITAS, José Carlos de. Ordem urbanística e acesso à terra. In.: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade*: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 272.

¹³⁰ RUSSO JÚNIOR, Rômulo. *Direito à moradia*: um direito social. 2006. 235 f. Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p.171.

habitação dimensões individuais e sociais, sendo também amplamente cabível a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais, o conteúdo da desapropriação privada pode e deve ser veiculado pelo instrumental da ação civil pública.¹³¹

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para a promoção de direitos individuais homogêneos. O Ministro Mauro Campbell Marques entendeu que a pretensão à moradia, ainda que seus beneficiários sejam pessoas determinadas, pode ser objeto de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, tratando-se, pois, de interesse extrapatrimonial, marcado pela indisponibilidade.¹³²

III - Conclusão

A tutela e o resguardo do espaço urbano, no qual se insere fundamentalmente o valor moradia, devem também ser objeto da ação do Ministério Público, como autor de ação civil pública ou como fiscal da realização do conteúdo normativo da desapropriação privada.

¹³¹ A Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, no art. 1º, VI, prevê seu alcance à ordem urbanística.

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1120253/PE. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15.10.2009.

O prazo prescricional das ações coletivas: poupadores e planos econômicos

Marcos Tofani Baer Bahia

Amauri Artimos da Matta

Introdução

Recentemente, a Quarta Turma do STJ entendeu que a ação civil pública destinada à proteção dos consumidores de caderneta de poupança que experimentaram expurgos inflacionários decorrentes da não-aplicação dos percentuais previstos pelo Planos Econômicos (Bresser e Collor) nos anos de 1987 e 1989 se submete ao prazo prescricional de cinco anos.¹³³

Por entender que a Lei federal n. 7.347/85 é silente quanto ao prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, em razão dessa lacuna o STJ aplicou, analogicamente, a prescrição quinquenal prevista na Lei da Ação Popular (Lei federal n. 4.717/65, artigo 21).

Mudando o sentido de várias decisões sobre o mesmo tema, o STJ afirmou que não cabe atribuir o prazo de prescrição previsto no art. 177 do CC/16 (20 anos) às ações civis públicas que versam sobre direitos individuais homogêneos previstas no art. 81 do CDC, pois, à época dos fatos, a pretensão coletiva sequer existia, tendo em vista que o CDC entrou em vigor apenas em 1990.

Também afastou a alegação de que se aplicaria o prazo prescricional vintenário em função do disposto no art. 7º do CDC, que prevê a abertura do microsistema para outras normas que dispõem sobre a defesa dos direitos dos consumidores, visto que o art. 177 do CCB/16 se caracterizaria pela generalidade, não afastando a previsão específica do art. 27 do CDC, que estabelece o prazo prescricional quinquenal para a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço.

¹³³ STJ, REsp. 1070896.

E, por fim, ressaltou ainda que o prazo prescricional aplicável às inúmeras ações individuais não se confunde com o prazo prescricional aplicável ao exercício da pretensão coletiva, uma vez que, embora as pretensões tenham a mesma origem, trata-se de ações independentes.

Entretanto, o entendimento sufragado pelo STJ é equivocado, eis que não se coaduna com o sistema protetivo da defesa do consumidor e com o princípio da efetividade máxima dos direitos fundamentais, como adiante se verá.

Fundamentação

Primeiramente, é de se ter em mente que as ações coletivas em referência não se cuidam de responsabilidade por danos decorrentes de acidentes de consumo (fato do produto ou do serviço), hipótese em que o prazo prescricional de cinco anos é regulado pelo próprio CDC, em seu art. 27.

À míngua de norma expressa no estatuto consumerista, é possível se visualizar, no julgamento do STJ, que alguns operadores do direito vêm entendendo que existe no ordenamento pátrio um microsistema processual coletivo, decorrente da combinação do art. 90 do CDC e do art. 21 da LACP, que reclamaria um tratamento uniforme e, quando necessário, aplicação analógica, como no caso do prazo prescricional previsto para a ação popular.

Ainda que admitíssemos a possibilidade de aplicação analógica do prazo quinquenal da Lei de Ação Popular (art. 21) às ações coletivas fundadas no CDC (ressalvada a proposta com base no CDC, art. 27), temos que essas deveriam no mínimo estar condicionadas a objeto idêntico ao que poderia ser conseguido em ação popular, a qual é aplicada quando um ato da administração pública causa danos à população, o que não é o caso.

A aplicação analógica sob o argumento de que existe um sistema coletivo uniforme, não leva em conta o princípio da proteção máxima do consumidor, que tem assento constitucional no rol dos direitos fundamentais. É que o art. 1º da LACP, ao fazer menção à ação popular, e o art. 90 do CDC, ao prever a sua interação com a LACP (naquilo que não contrariar as suas disposições), devem ser aplicados de forma coerente com o

microsistema de defesa do consumidor, diante de seu fundamento constitucional, que se apóia essencialmente no princípio da igualdade material.

De outro lado, ainda que ambas as ações se assemelhem pela circunstância de visarem à defesa de interesses transindividuais, as diferenças entre uma e outra são marcantes, como afirma Hugo Nigro Mazzilli:¹³⁴

“Distinguem-se ação popular e ação civil pública: a) legitimação ativa – na primeira, legitimado ativo é o cidadão; nesta, há vários co-legitimados ativos, como Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, as entidades de administração indireta, as fundações, as associações civis, etc.; b) legitimação passiva – a ação civil pública não deverá necessariamente ser proposta contra os mesmos legitimados passivos da ação popular; c) objeto – enquanto o objeto da ação popular é mais limitado, maior gama de interesses pode ser tutelada na ação civil pública; d) pedido – conseqüentemente, na ação civil pública, o pedido pode ser mais amplo, pois não se limita à anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio cultural.

Desse modo, infirma-se desde logo o fundamento utilizado pelo STJ, porquanto o objeto e o pedido veiculado na Ação Civil Pública (ou Ação Coletiva de Consumo) são mais amplos do que na Ação Popular, de modo que o rol de interesses potencialmente tuteláveis por aquela é indubitavelmente mais expressivo do que nesta última.

Ademais, ainda que fossem maiores os pontos de contato existentes entre ambas, a aplicação da analogia é inadequada, porque, nos termos do art. 1º da 7.347/85, a ação disciplinada é independente daquela prevista na Lei n. 4.717/65.¹³⁵

Quanto a esse aspecto, relevante destacar que o STJ, muito embora tenha decidido pela imprescritibilidade da ação civil pública proposta visando ao ressarcimento ao erário, consignou expressamente que “com relação à prescrição, importante frisar que não seria caso de se falar no prazo prescricional quinquenal previsto no art. 21 da Lei nº 4.717/65, eis que a presente lide não se configura em ação popular e, sendo independente a ação

¹³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. *São Paulo*: Saraiva, 2007. p. 144-145.

¹³⁵ Lei 7.347/85, art. 1º. “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:”

civil pública, no teor do art. 1º da Lei nº 7.347/85, não é cabível a aplicação analógica do referido dispositivo”.¹³⁶

Portanto, se de um lado é possível afirmar sem dúvidas que o legislador ordinário nada dispôs a respeito da prescrição das Ações Civis Públicas, de outro não se pode concluir que deva ser aplicado analogicamente o regramento legal estatuído pelo artigo 21 da Lei n. 4.717/65.

De outro lado, o STJ vem reiteradamente afirmando ser vintenário o prazo prescricional para percepção das diferenças de correção monetária creditadas a menor em conta-poupança.¹³⁷

Ora, se ao particular é conferido o prazo de 20 anos para discutir os critérios de remuneração de caderneta de poupança e pleitear as respectivas diferenças, como salientado alhures, razões não existem para que se impinja menor prazo prescricional à idêntica pretensão quando veiculada em sede de Ação Civil Pública, cuja finalidade é, justamente, facilitar, ante sua abrangência, a tutela dos direitos individuais homogêneos.

A aplicação de qualquer outro prazo prescricional, em detrimento daquele previsto no Código Civil, não se coaduna com o intuito de proteger o consumidor, explícito tanto no artigo 5º, XXXII, da Constituição da República (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”), quanto na Lei n. 8.078/90, de modo que sempre que possível deve ser afastado o preceito mais gravoso ao consumidor para abrir-se espaço à incidência da norma que lhe for mais benéfica.

Nesse passo, a promulgação do CDC, em 1990, por exigência da própria Constituição (CF, art. 5º, XXXII c/c ADCT, art. 48), trouxe regras específicas para a tramitação dos processos coletivos. Os sistemas processuais do CDC e da LACP foram interligados, estabelecendo-se um microsistema processual coletivo, sendo aplicáveis um ao outro,

¹³⁶ REsp 586.248.

¹³⁷ STJ: AgRg no REsp 770.793/SP: “Nas ações em que são impugnados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças, no regime do Código Civil anterior, a prescrição é vintenária, já que se discute o valor do principal, composto por correção monetária e juros capitalizados. 2. Agravo regimental desprovido.”

reciprocamente, na esteira dos artigos 90 do CDC e 21 da LACP, este introduzido pelo artigo 117 do CDC.

Apesar de haver um moderno sistema processual coletivo, expressiva parcela de juristas resiste a tais modificações. Ao invés de colocá-las em prática, procura afastá-las e restringi-las ao máximo. Acresça-se, ainda, a ação do Poder Executivo, que através de subterfúgios legislativos, tenta esvaziar o espaço de manifestação do processo coletivo, como, por ex, o que aconteceu com o advento da Lei federal 9.494/97, art. 16, ao tentar limitar a abrangência da coisa julgada na ação civil pública.

Somente agora, depois de longos anos pacificando entendimento de mérito favorável aos consumidores/poupadores em demandas individuais, e sem poder modificar o curso natural dessas pretensões decididas, o STJ, indo ao encontro do posicionamento das instituições financeiras, resolve frustrar o seguimento das diversas ações coletivas, sem adentrar no mérito da controvérsia, negando eficácia e aplicabilidade ao direito processual coletivo. Com tal precedente, privilegiou e fomentou a pulverização das demandas individuais ajuizadas por uma ínfima parcela da população, ao mesmo tempo em que retira de todos os poupadores a possibilidade de serem beneficiados com uma única decisão de abrangência coletiva.

Ora, em se tratando de ação coletiva de consumo de cobrança, a aplicação de textos legais distintos deve operar pela via da coerência e efetividade dos direitos fundamentais. E o prazo prescricional que melhor promove a realização dos direitos fundamentais somente estaria conformado com o prazo estabelecido no código civil/1916 (NCC, art. 2.028 c/c CC/1916, art. 177).

Devemos considerar, no entanto, que a jurisprudência, inspirada pela doutrina mais moderna com a defesa do consumidor, já vinha entendendo, em temas diversos, ser aplicável o prazo mais favorável ao consumidor, de acordo com o art. 7º do CDC.

A propósito:

“O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que

introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência entre as prestações e o princípio da boa-fé objetiva”¹³⁸

No mesmo sentido:

“Consumidor – Contrato de prestação de serviços educacionais – Mensalidades escolares – Multa moratória de 10% limitada em 2% - Art. 52, §1º, do CDC – Aplicabilidade – Interpretação sistemática e teleológica – Equidade – Função social do contrato. É aplicável aos contratos de prestação de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no §1º do art. 52 do CDC.”¹³⁹

Assim também se deu no STF, no histórico julgamento da ADin 2.591, que concluiu pela constitucionalidade da aplicação do CDC às atividades bancárias, reconhecendo a necessidade do diálogo das fontes entre esse diploma e o regramento do sistema financeiro.

Em relação ao CDC, como visto, a jurisprudência pátria foi generosa em determinar essa interação entre diplomas legais distintos, que também deve acontecer entre o Código Civil e o CDC, influenciada pelo mandamento constitucional de proteção dos consumidores.

Discorrendo sobre o uso do prazo mais favorável ao consumidor em tema de prescrição em matéria de consumo, a eminente jurista Cláudia Lima Marques leciona¹⁴⁰:

O sistema de responsabilidade sem culpa e solidária do CDC é rápido e eficaz, mas, em caso de prescrição, a jurisprudência tem utilizado o art. 7º do CDC (abertura do sistema) para utilizar o prazo geral, de 20 anos, ou agora (art. 205 do CC/2002), de 10 anos para beneficiar o consumidor, bem ao espírito do CDC.

No mesmo sentido:

*“o artigo 7º do próprio CDC considera este Código um conjunto aberto de normas, incluindo aquelas outras normas ‘que assegurem direitos aos consumidores’, presentes em leis especiais, gerais ou em tratados ratificados pelo Brasil, como incluídas no CDC. O espírito da lei seria tutelar, aplicando o magistrado a norma mais favorável ao consumidor (favor debilis), no caso concreto, por expressa autorização da lei especial tutelar, o CDC.”*¹⁴¹

¹³⁸ STJ, REsp. 238.011.

¹³⁹ STJ, REsp. 476.649.

¹⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2005, p. 430.

¹⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2006. p. 880.

Tal dispositivo traduz uma cláusula de abertura para outros direitos contidos no sistema protetivo consumerista.¹⁴²

O art. 7º do CDC é uma interface permeável do CDC com o sistema geral do direito civil. É uma cláusula de abertura deste microsistema, que não deseja ser exaustivo. O mandamento constitucional de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/1988) deve ser cumprido por todo o sistema, em diálogo de fontes, e não somente através do Código de Defesa do Consumidor (...).

Diante da pluralidade atual de leis, há que se procurar o diálogo, utilizando a lei mais favorável ao consumidor. Assim, no caso do CC/2002, o ideal não é mais perguntar somente qual o campo de aplicação do novo Código Civil de 2002, quais seus limites, qual o campo de aplicação do CDC e quais seus limites, mais visualizar que a relação jurídica de consumo é civil e é especial, tem uma lei geral subsidiária por base e uma (ou mais) lei especial para proteger o sujeito de direito, sujeito de direitos fundamentais, o consumidor. nesta ótica, ambas as leis se aplicam à mesma relação jurídica de consumo e colaboram com a mesma finalidade, concorrendo, dialogando, protegendo, com luzes e eficácias diferentes caso a caso, mas com uma mesma finalidade, a cumprir o mandamento constitucional. Neste sentido, não é o CDC que limita o Código Civil, é o Código Civil que dá base e ajuda o CDC, e se o Código Civil for mais favorável ao consumidor do que o CDC, não será esta lei especial que limitará a aplicação da lei geral (art. 7º, do CDC), mas sim dialogarão à procura da realização do mandamento constitucional de proteção especial do sujeito mais fraco. Assim, por exemplo, se o prazo prescricional ou decadencial do CC/2002 é mais favorável ao consumidor, deve ser este usado, pois, ex vi art. 7º, do CDC, deve-se usar o prazo prescricional mais favorável ao consumidor.

Nesse passo, se a prescrição é instituto de direito substantivo, relacionando-se, nos dizeres de Fredie Didier Júnior¹⁴³, “aos direitos a uma prestação de cunho material”, com muito mais razão deve ser aplicada a regra geral do código civil.

Não se pode esquecer ainda que a CF consagrou a proteção constitucional afirmativa dos consumidores, reconhecendo este novo sujeito de direitos, no plano individual e coletivo, assegurando a sua proteção, em razão da vulnerabilidade (*favor debilis*), tanto como direitos fundamentais (CF, art. 5º, XXXII), como princípio da ordem econômica (CF, art.

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2º edição, p. 220-1.

¹⁴³ JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2007, Vol. 1, p. 258.

170, V), vinculando o Estado e os intérpretes da lei em geral (força normativa da Constituição) na construção de um direito privado solidário.

A previsão constitucional da defesa do consumidor como direito humano fundamental o coloca em posição de destaque na ordem jurídica pátria, verdadeiro parâmetro hermenêutico, a reafirmar e consagrar a dignidade da pessoa humana como premissa maior do Estado de direito democrático (CF, art. 1º, III).

Nessa linha de intelecção, os textos legais devem ser interpretados de modo que se consiga a maior efetividade possível, mormente na proteção do mais fraco, orientada pelo princípio da efetividade ou da máxima eficiência, sem o qual os direitos fundamentais jamais se realizariam.

Nesse passo, a jurisprudência consolidada do STJ, por outros motivos, mas inspirados pela noção de sistema protetivo do consumidor, e com muito mais liberalidade, já se posicionou pelo uso do prazo geral do código civil.¹⁴⁴

A utilização da Lei de Ação Popular, editada muito antes do advento da CF e nos estreitos limites de proteção dos direitos difusos que especifica, com campos de aplicação não coincidentes com o CDC, distintos, até, não está consentânea com as necessidades e solicitações do nosso tempo, em especial no âmbito das relações de consumo, que tem por objetivo tutelar bens jurídicos diversos e universais, como a dignidade, a vida, a saúde e a segurança, inclusive na forma de interesses individuais homogêneos.

Não é lícito, portanto, como adverte Carlos Maximiliano¹⁴⁵, “colocar de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico”, a pretexto de preencher lacuna do CDC ou da LACP. Ora, se a lei consumerista, tida como especial, e a LACP não previram prazo prescricional para as ações coletivas de cobrança baseadas na dimensão juridicamente protegida no que diz com a vulnerabilidade do consumidor, deve ser aplicada a regra geral, assim entendida o Código Civil, muito mais ínsito ao microsistema de defesa do consumidor.

¹⁴⁴ REsp nº 280.473/RJ; REsp nº 226.286/RJ; REsp nº 540.330/SP.

¹⁴⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1947, p. 260.

Diante de uma sociedade de consumo sensivelmente marcada pela dificuldade de acesso à justiça e pela repercussão social e econômica que os conflitos de massa lhe acarretam, a tutela jurisdicional não pode mais ser concebida apenas contra violações de caráter individual. A proteção do consumidor, sem dúvida, é uma das metas dessa nova era, e representa um verdadeiro desafio da fase contemporânea do Direito, pela sua singular proteção, agora positivada na Constituição.

Sem a garantia de efetividade, o novo ramo do direito consumerista pouco servirá à sociedade se seus instrumentos não forem implementados. Cabe, pois, ao Poder Judiciário, a missão de promover e realizar aquela garantia, de forma construtiva, através de provimentos judiciais compromissados concretamente com os escopos maiores da Constituição.

Conclusão

Em face do exposto, propomos a este Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, as seguintes conclusões:

1. O prazo prescricional para a propositura das ações coletivas destinadas à proteção dos consumidores de caderneta de poupança que experimentaram expurgos inflacionários decorrentes da não-aplicação dos percentuais previstos pelo Planos Econômicos (Bresser e Collor) nos anos de 1987 e 1989, se submete ao prazo prescricional geral do art. 177 do CC/1916, na forma do art. 7º do CDC.
2. O prazo prescricional de cinco anos para a propositura de Ação Popular (Lei federal nº 4.717/65) não se aplica por analogia as demais Ações Coletivas, tendo em vista que diante do interesse social subjacente e dos princípios da máxima efetividade e do máximo benefício da tutela coletiva, a utilização de normas processuais em matérias coletivas umas pelas outras só pode ser feita por *societate*, jamais *pro reo*.

A referência expressa ao autopercedente como instrumento de coerência, equidade, transparência e racionalização nas manifestações do *Parquet*

Paulo Calmon Nogueira da Gama
Procurador de Justiça

1. Introdução.

O movimento forense dos tempos atuais apresenta números jamais vistos. Não bastasse o crescimento quantitativo das demandas tradicionais, novos perfis de relações jurídicas hoje são debatidas em juízo, incluindo a judicialização de causas antes tidas por “reprimidas” e de temas de cidadania que passaram a se integrar à esfera da mediação judicial após a redemocratização do país. Enfim, o protagonismo judicial, num tempo em que coexistem relações jurídicas modernas e pós-modernas, exige que a cada dia os operadores jurídicos se reinventem em sua prática profissional, louvando-se de novos mecanismos para dar vazão aos autos processuais que aportam aos borbotões em suas mesas de trabalho.

Para atender às demandas em massa, geram-se processos em massa. Estes reclamam pareceres em massa e dão azo a decisões em massa. Que desafiam recursos em massa.

A cobrança quantitativa de resultados de produção, às vezes em dose sobre-humana, é ainda mais crítica em relação aos agentes *públicos* da atividade processual (juiz, membro do Ministério Público, advogados estatais); profissionais a quem, diversamente daqueles da iniciativa privada, não é dado selecionar ou limitar a quantidade de serviço sob sua responsabilidade.

Novas varas, promotorias e departamentos são criados seguidamente; competências e atribuições relacionadas à atividade jurisdicional sofrem subdivisões; segmentam-se os temas jurídicos. Prestigia-se, em suma, a *especialização* como mecanismo de aumento de produtividade.

Em paralelo, a evolução dos recursos de informática cumpre seu papel de encurtar distâncias e recalibrar o tempo. Faz com que os dados sejam transmitidos em frações de segundos, reduz os *retrabalhos*, organiza as informações e disponibiliza preciosas ferramentas para armazenamento e resgate dos atos processualizados. Há tecnologia suficiente para permitir que seja consultada, de modo simples e rápido, qualquer peça ou fato processual, qualquer dado sobre um sujeito do processo ou sobre um organismo da atividade jurisdicional. Além do mais, cada operador do sistema judicial mantêm ao alcance de alguns cliques um banco de dados próprio, relacionado à sua pessoal produção laborativa.

No meio jurídico, nesta quadra informatizada, as *peças-modelo* (ou “chapas”, cuja origem remota não é propriamente uma novidade) se ambientam em uma nova dimensão pródiga em ferramentas. As *chapas eletrônicas* significam agilidade incomum; transformaram em peças de museu as cópias físicas antes organizadas em um sem-fim de pastas A-Z.

E o fato é que elas – as novas ferramentas da informática – são absolutamente indispensáveis para que se tenha uma produção minimamente compatível com a demanda existente na prática forense hodierna.

Quando um profissional jurídico especializado, em meio a seu ofício, tem em mãos determinados autos processuais para manifestação (seja para postular, opinar ou decidir), tão logo se inteira sobre os principais contornos do assunto, via de regra busca checar, em seus arquivos eletrônicos ou outro banco de dados, a existência de uma manifestação anterior num caso assemelhado. Procura-se logo por um modelo, uma matriz em que se possa diminuir o tempo necessário para expressar seu posicionamento jurídico no caso que se lhe apresenta. A partir daí, com os autos do processo abertos em sua mesa e a peça-modelo na tela do computador, tem início a elaboração de sua manifestação.

A massificação e o multiculturalismo fazem, porém, com que vivamos um *mundo de estranhos*¹⁴⁶. Esse universo da produção em massa – por vezes frio, asséptico e desumanizado – traz enormes problemas. É alvo de críticas vorazes; muitas delas

¹⁴⁶ Título do romance publicado em 1958 pela escritora sul-africana Nadine Gordimer, essa expressão – *um mundo de estranhos* – bem sintetiza aspectos da doutrina de Jürgen Habermas sobre as sociedades pós-modernas.

merecidas. Afinal, a Justiça destinada a dirimir os conflitos interpessoais, parece não vir reservando aos litigantes a atenção merecida por seres humanos...

De fato, num regime quase *fordiano* de fabricação de peças processuais em série, algumas distorções podem acontecer: os titulares dos direitos em discussão no processo terminam coisificados, transformados em números; as agruras subjacentes às lides restam banalizadas; enfim, a localização de uma “matriz” para nela amoldar o caso concreto – e não o contrário – por vezes pode se transformar numa busca obsessiva, num fim em si mesmo. Aliás, em consonância ao que ocorre com o próprio processo, onde cada vez menos importância se dá ao direito material e às consequências concretas da dicção judicial nele exarada.

Os profissionais do direito mais comprometidos com sua missão, como se vê no convívio forense, têm compreensível desconforto em lidar com tais vicissitudes, com essas críticas sobre a desumanização do processo. Quando se soma a isso o comando constitucional que exige fundamentação das decisões tomadas pelos agentes públicos, forma-se o caldo de onde emergem posturas opacas, por vezes hipócritas, além de desnecessárias, verdadeiros simulacros de peças supostamente individualizadas. Essas que advêm de uma busca constrangida para disfarçar o indisfarçável: promotores, juízes, defensores, peritos, sentindo-se compelidos a lançar mão de expedientes tautológicos e por vezes absolutamente estéreis em suas manifestações para – ao menos formalmente – sugerir uma atenção especialíssima e única ao caso em análise.

Talvez o problema resida em não se estar explorando de modo mais transparente o que há de positivo nos instrumentos de racionalização dos atos e peças que alimentam do processo. Talvez o melhor seja se adaptar e assumir a era das matrizes eletrônicas, contornando-lhe, tanto quanto possível, seus problemas e fraquezas. Fazê-la trabalhar por nós, sem que, ao contrário, dela nos façamos desnecessariamente seus reféns. E dela tirar o máximo proveito, não só quantitativa, mas qualitativamente, agregando-lhe valores muito caros à atividade jurisdicional, tais como a coerência e a equidade. É nesse sentido que, a seguir, proponho algumas reflexões e a adoção de algumas práticas relacionadas ao assunto.

2. O autopercedente

A funcionar como *critério interpretativo*¹⁴⁷ para a solução de determinado caso ou questão podem ser distinguidos três tipos de precedentes: o vertical, o horizontal¹⁴⁸ e o autopercedente.

O precedente vertical, seja ele vinculante ou não, relaciona-se à invocação dos argumentos lançados em caso análogo decidido por órgão hierarquicamente superior. Funciona como um vetor de uniformidade e economia do sistema. No caso de decisão superior vinculante, tem ela força motivacional argumentativa similar à da lei. Quando não é dotada de caráter vinculante, tem o papel de *razão de autoridade*¹⁴⁹ em relação ao ato argumentativo de fundamentação que o invoca. De um modo ou de outro, revela respeito à jurisprudência emanada dos órgãos hierarquicamente superiores.

Já o precedente horizontal, soa óbvio, “*consiste en el recurso al precedente de outro órgano del mismo nível jerárquico que el que adopta la decision*”¹⁵⁰. Embora com força persuasiva inferior ao precedente hierárquico, o precedente horizontal funciona também como instrumento de uniformização do sistema, revelando preocupação por parte dos intérpretes em relação à integração do conjunto de deliberações, onde são aceitos e encampados os argumentos da solução dominante sobre determinado tema. Significa, portanto, o respeito e a reprodução da doutrina produzida por órgãos homólogos.

No presente esboço, o que mais interessa é o *autopercedente*, isto é, a invocação de soluções anteriores, em casos semelhantes, por parte de um mesmo intérprete ou órgão decisor.

O autopercedente, segundo José Renato G. Cella,

não atende a nenhuma consideração de ordem hierárquica (precedente vertical) e tampouco a virtude corporativa de aceitação dos critérios majoritários (precedente horizontal), mas se constitui exclusivamente numa regra de racionalidade cujo único

¹⁴⁷ Cf. a respeito, ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso García. *La Argumentación en el Derecho*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2005, pp. 207 e seguintes.

¹⁴⁸ Que conforme é proposto adiante pode ser subdividido em horizontal exógeno ou endógeno.

¹⁴⁹ ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso García. *La Argumentación en el Derecho*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 215.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

fundamento reside na exigência de justiça formal que se traduz no requisito de universalização¹⁵¹.

O princípio ou critério da *universalização* – em que a solução de determinado caso deve funcionar como lei universal para os futuros casos idênticos – tem sua tradução jurídica concretizada exatamente na noção de precedente¹⁵². No caso do autopercedente, o critério de universalidade se apresenta, para efeito de argumentação do aplicador, tanto com os olhos voltados ao passado como projetado para o futuro. Em relação ao passado, tem o sentido de induzir a solução do caso presente do mesmo modo que foi solucionado um anterior que lhe é assemelhado. Mas também projeta-se para o futuro, aumentando a responsabilidade na decisão do caso presente na medida em que indica a disposição de se utilizar dos mesmos critérios para a solução dos casos similares que porventura vierem a ocorrer¹⁵³. Ou seja, tem-se a linha do tempo vista em suas duas direções: a solução do caso presente a guardar congruência com os do passado e a influenciar os posicionamentos futuros.

Há ainda uma situação pouco abordada, mas que aqui merece alguma reflexão. Trata-se da hipótese – cuja ocorrência prática é extremamente comum – relacionada à sucessão de agentes jurídicos públicos (juiz, promotor, defensor, etc) que atuam como presentantes de um determinado órgão. Ou, ainda, o caso de multiplicidade de agentes vinculados a um mesmo órgão (juízo, promotoria, etc), aqueles entre si com igual atribuição ou competência. Observe-se que em razão da garantia de independência funcional, que em geral é ínsita a esses profissionais, a invocação de solução ou manifestação feita por agente antecessor ou co-atribuído que atua no mesmo órgão aproxima-se muito daquilo que se entende por precedente horizontal, embora sejam inegavelmente mais fortes – e com maior poder de vinculação moral – as razões de coerência, integridade e universalização no interior de um mesmo órgão do que as entre órgãos distintos de uma mesma hierarquia. Nestes casos de sucessão ou de co-atribuição

¹⁵¹ In *Controle das decisões jurídicas pela técnica do auto-precedente: lógica deontica paraconsistente aplicada em sistemas especialistas legais*. Tese de Doutorado. UFSC, 2008. Disponível em <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0910-T.pdf>>. Acessado em 26 de abril de 2010.

¹⁵² Cf., ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso García. *La Argumentación en el Derecho*. 2ª ed. Lima: Palestra Editores, 2005, p. 217.

¹⁵³ *Ibidem*.

funcional num mesmo órgão talvez se possa falar, conforme a ótica, em *precedente horizontal endógeno* ou *autoprecedente orgânico*.

Vê-se que a utilização de precedentes como argumento de decisão vai ao encontro do ideal de *segurança jurídica*. Atende à idéia de *romance em cadeia*, cunhada no pós-positivismo de Ronald Dworkin, tão em voga no mundo jurídico atual.

Diminui-se, enfim, o risco da absurda “justiça lotérica”, marcada pela falta de previsibilidade, onde a discricionariedade se transforma em arbítrio e a iniquidade detectada objetivamente, no mais das vezes, ambienta subjetivismos, favorecimentos ou discriminações inconfessos.

3. A referência expressa ao autoprecedente como ferramenta de fundamentação

A invocação expressa a precedentes, tal como nos mostra a prática jurídica, parece ser prerrogativa exclusiva dos órgãos colegiados.

Mas não deveria ser assim.

À vista da massificação das demandas e da necessidade de se racionalizar a produção serial de peças processuais, a referência e a encampação dos fundamentos expostos alhures pelo mesmo intérprete ou terceiros¹⁵⁴ devem ser entendidas como recursos válidos para efeito de cumprimento do mister motivacional¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Nada impede que, para fins motivacionais, especialmente em manifestações interlocutórias ou em sede incidental, sejam invocados os argumentos lançados anteriormente por outrem. O mecanismo referencial (*aliunde* ou *per relationem*) revela expediente que deve tanto quanto possível ser validado e prestigiado, de modo, inclusive a evitar manifestações tautológicas. Até porque não se pode esperar, sob pena de mera hipocrisia formal (e que gera apenas dispêndio de tempo e de papel), a renovação dos mesmos argumentos, reescritos com palavras próprias, por parte do intérprete que percebe em anterior manifestação jurídica a mesma conclusão a que chegou e que se apresenta exposta em operação silogística de que compartilha. Não tem sentido, por exemplo, obrigar-se o juiz a reescrever com palavras próprias, arquitetando novas frases e sentenças, um “distinto” posicionamento sobre certo ponto ou questão em tudo equivalente ao de outro operador jurídico que já o expôs publicamente no processo. O mesmo raciocínio vale para o promotor ou o advogado. Apenas para ilustrar, confira-se o julgado do TJMG no HC n. 1.0000.07.451747-5/000(1) (p. em 24/04/2007), em que da ementa se extrai: “É dotada de fundamentação a decisão que se baseia em parecer ministerial para indeferir o pedido de liberdade provisória”.

¹⁵⁵ Em relação aos membros do Ministério Público constitui expresso dever legal “indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal” (inciso III do artigo 43, Lei n. 8625/93).

O importante é que o intérprete público evidencie, a cada posicionamento de mérito que venha a exarar no processo, que avaliou e se debruçou efetivamente sobre o caso concreto; sobre as questões, os fatos e os pontos jurídicos sob sua apreciação.

Daí porque, não faz sentido que o operador jurídico, ao se deparar com uma manifestação autopercedente que bem atende e resolve a questão a ele submetida, procure, por meio de *ação estratégica*¹⁵⁶, dar à nova manifestação ares forjados de ineditismo, de singularidade ou de uma especial atenção às partes e ao caso sob apreciação. Muito melhor, até como forma de demonstrar a firmeza de convicção e a ausência de subjetivismo casuísta, é invocar expressamente o precedente, referenciando-o devidamente, ou seja, fornecendo os dados da fonte para eventual checagem. Tal expediente torna, inclusive, desnecessário os ajustes de gênero (masculino/feminino) ou de número (partes singulares ou plúrimas) que são fontes de inúmeros pecadilhos observados no dia a dia forense e que, no mais das vezes, embalam desconfiças e ridicularizações, fazendo com que aquela ação estratégica de suposta singularização surta efeito exatamente inverso, ou seja, revele desatenção ao caso analisado.

Para que tal prática passe a atingir plenamente os objetivos de coerência e universalidade, importante é que cada vez mais os órgãos agentes mantenham organizados e disponíveis ao público seu banco de dados, viabilizando a consulta às peças produzidas a qualquer tempo e por qualquer um. E mais: tal como é comum atualmente nos órgãos colegiados – em que a utilização prática do autopercedente é mais difundida – deve ser estimulada, como técnica institucional, a utilização de *ementas* nas manifestações processuais, ferramenta que facilita sobretudo a organização e a invocação das peças precedentes.

Poder-se-ia cogitar, como manifestação que invoca autopercedente, algo assim:

(Relatório). Estão presentes as questões de fato e de direito X, Y e Z, cujas soluções A, B e C são adequadas e suficientes para resolução do caso em exame. Este agente ministerial (ou este órgão), já teve oportunidade de se manifestar sobre iguais questões (autos n. 101010101), como se vê: “(citar os fundamentos do caso precedente)”. Pelas mesmas razões expostas, posiciono-me pelo (in)deferimento.

¹⁵⁶ A expressão, aqui, é tomada na acepção habermasiana de ação com objetivo camuflado, em oposição ao ideal de ação comunicativa.

Nada impede que no caso de maciça recorrência a determinado autopercedente, de tempos em tempos, acompanhando o dinamismo próprio do Direito, seja a manifestação-padrão atualizada e enriquecida com novos argumentos e aportes doutrinários e jurisprudenciais.

Observe-se que o mesmo que ora se expôs pode ser adotado em casos de autopercedentes orgânicos (ou precedente horizontal endógeno).

A técnica da referência expressa ao autopercedente assume especial importância nos casos limítrofes, em que o intérprete transita por uma zona cinzenta entre posicionamentos extremos (por exemplo, conceder ou não liberdade provisória nas situações de fronteira). Ou seja, naquelas decisões que podem variar de um dia para o outro, de uma hora a outra, de um estado de espírito para outro, às vezes até, como já se disse, “em função do que o intérprete comeu ou deixou de comer no café da manhã”. Assim, a autovinculação moral gerada pelo autopercedente, além de blindar o jurisdicionado de uma “justiça lotérica”, incoerente, dependente da sorte e não da técnica, protege o intérprete de si próprio, de seus lapsos de memória, de suas flutuações jusfilosóficas ou das alterações passageiras em seu estado de espírito.

O grande cuidado que se deve ter é no sentido de não utilizar mal o autopercedente, transformando-o numa causa de equívocos em fileira. Ou seja, é fundamental, sempre, a cada nova invocação, dar uma boa checada nos termos e na pertinência da manifestação-matriz, inclusive abrindo espaço para acompanhar a evolução do Direito. Outro grande cuidado é não incorrer no que já se disse acima: o ajuste do caso ao precedente, e não o contrário.

4. Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que:

1) Como fator de racionalização dos serviços especializados em função da massificação de processos, a invocação expressa de autopercedente, além de atender adequadamente ao dever de fundamentação dos pronunciamentos processuais, revela-se mecanismo que enaltece a coerência, expõe a maturidade do entendimento e prestigia a igualdade de tratamento dos jurisdicionados.

2) Ao utilizar-se de escrito processual anterior como autopercedente, para fins e efeito de fundamentação, cumpre ao membro do Ministério Público, quando possível, invocá-lo e referenciá-lo expressamente na nova manifestação (indicando os autos processuais onde foi exarado), inclusive através da reprodução literal de seus termos (citação direta).

3) O Ministério Público deve criar, estudar e avaliar a criação de ferramentas institucionais que permitam aos órgãos de execução ministeriais, ressalvadas as restrições institucionais, legais e sigilosas de acesso, manter suas manifestações de mérito (pareceres, alegações finais, arrazoados recursais, ementas, etc.) arquivadas não só em sua base de arquivos pessoal, mas em bancos de dados oficiais, atualizados e acessíveis ao público.

Ação civil pública e as políticas públicas: o princípio da separação dos poderes e a cláusula da reserva do possível

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Procuradores de Justiça: Antônio Joaquim Fernandes Neto, Antônio Sérgio Rocha de Paula, César Antônio Cossi, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Shirley Fenzi Bertão

1 Exposição dos fatos e dos fundamentos

O uso da ação civil pública para se questionar as políticas públicas constitui tema polêmico na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Tal polêmica pode ser sintetizada na seguinte questão: as decisões judiciais determinando a realização de políticas públicas interferem ou não no princípio da separação dos poderes?

Não há dúvida de que as prestações materiais decorrentes dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição dependem dos recursos públicos disponíveis.

Em geral, a concretização desses direitos depende do Legislativo e do Executivo, sendo certo que muitos autores e magistrados são infensos à interferência do Judiciário nessa área por atentar contra o princípio da separação dos poderes.

Esse entendimento desconsidera o alcance das normas constitucionais sobre direitos sociais, negando-lhes aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

Cresce, no entanto, o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fontes de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em casos de omissões inconstitucionais.

Já decidiu o STF que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Magna “não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

Há decisões admitindo a implementação de política pública pelo Judiciário, na hipótese de injustificada omissão do Executivo, bem como a adequação da ação civil pública para se questionar as políticas públicas.

Não é preciso dizer que tais posicionamentos navegam nas águas daqueles que, tendo percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre os direitos sociais, aplicaram-nas de forma adequada como princípios-condição da justiça social.

Com efeito, o art. 129 da Constituição da República prevê que são funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Essa norma autoriza o Ministério Público a discutir as políticas públicas, como ensina Hugo Nigro Mazzilli:¹⁵⁷

A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição. Com certeza não poderá o Ministério Público pedir ao Poder Judiciário administre no lugar do administrador;

¹⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 108.

contudo, poderá cobrar em juízo a aplicação de princípios da Administração que possam estar sendo descuidados, e, com isso, restaurar a legalidade.

Isso porque se o Poder Público é o responsável pelo dano, diante de sua conduta omissiva na prestação de serviço de relevância pública, necessário à garantia da dignidade da pessoa humana, o dever de agir não é ato discricionário, mas sim vinculado, porquanto, além de a opção prioritária pela defesa desse bem ter sido feita pelo legislador constituinte (mínimo existencial), a escolha que cabe ao administrador adotar é a tendente a alcançar soluções enquadradas na legalidade, com vistas postas no interesse público. Vale dizer: a execução do ato administrativo é vinculada à obrigação legal imposta ao Poder Público.

Nesse caso, o magistrado pode exercer o controle do ato administrativo atuando em conformidade com o princípio constitucional de que nenhuma lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

A alegação de falta de recursos financeiros, normalmente destituída de comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao ente público de prestar serviço de relevância pública.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a cláusula da reserva do possível “não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Rel. Min. Celso Mello, j. 29.04.2004).

Agindo dessa forma, assume o Judiciário importante papel na concretização do texto constitucional, sem afrontar o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, admitindo a ação civil pública como meio adequado para a imposição de comandos ao Poder Executivo, a jurisprudência do TJMG caminha a passos largos. Senão, vejamos.

Na área da saúde, em sucessivos julgados, tem sido determinado o fornecimento de medicamentos, a realização de procedimentos cirúrgicos, o transporte de doentes e outros serviços (AC n.º 1.0245.06.085649-0/001, 7ª CC, Rel. Des. Belizário de

Lacerda, *DJ* 08.07.2008; AC n.º 1.0245.04.055387-8/005, Rel. Des. Jarbas Ladeira, *DJ* 12.08.2008; AC n.º 1.0245.06.086038-5/001, 8ª CC, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, *DJ* 28.07.2009; AC n.º 1.0433.06.194796-9/002, 2ª CC, Rel. Des. Brandão Teixeira, *DJ* 04.03.2009; AI n.º 1.0472.07.016094-1/004, 5ª CC, Rel. Des. Barros Levenhagen, 5ª CC, *DJ* 22.01.2010).

A 1ª Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 213.988-9, relatado pelo Desembargador Páris Peixoto Pena, *DJ* 20.04.2001, manteve decisão liminar restabelecendo a concessão de subvenção a estabelecimento que presta atendimento pelo SUS.

No julgamento da Apelação Cível n.º 220.891-6, 2ª Câmara Cível, relatada pelo Desembargador Pinheiro Lago, j. 06.08.2002, foi determinada a correção de irregularidades por meio da realização de obras na cadeia pública.

No julgamento da Apelação Cível n.º 280.735-2, relatada pela Desembargadora Maria Elza, *DJ* 18.02.2003, a 5ª Câmara Cível reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública na qual se questionava a omissão do Estado no provimento dos cargos da Polícia Militar dos Municípios de Andradas e de Ibitiura, fato esse que vinha comprometendo a segurança das referidas localidades.

A 1ª Câmara Cível, por sua vez, no julgamento da Apelação Cível n.º 218.556-9, relatada pelo Desembargador Orlando Carvalho, j. 06.11.2001, admitiu, por maioria, ação civil pública na qual se pediu a condenação do Município de São João Nepomuceno a demarcar, cercar e elaborar o regimento interno de área de reserva biológica criada por lei municipal.

A 5ª Câmara Cível, por sua vez, no julgamento da Apelação Cível n.º 1.0071.04.017784-3/001, relatada pelo Desembargador Mauro Soares de Freitas, *DJ* 17.04.2008, manteve sentença que condenou o Município de Boa Esperança a construir estação de tratamento de esgoto.

De forma idêntica, a 7ª Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 264.792-3, relatado pelo Desembargador Wander Marotta, j. 08.04.2002, confirmou decisão antecipando a tutela requerida em ação civil pública para fins de determinar a imediata interdição das águas da Cachoeira Brumado.

A 3ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n.º 1.0349.03.001.247-1/001, relatada pelo Desembargador Lucas Sávio V. Gomes, DJ 02.04.2004, confirmou sentença que restabelecera o repasse de verbas ao Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente, as quais haviam sido suspensas pelo Chefe do Executivo.

A 6ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível n.º 1.0637.04.022390-0002, relatada pelo Desembargador Manuel Saramago, DJ 20.05.2005, por maioria, determinou o restabelecimento do repasse de verbas orçamentárias a entidades de interesse social, repasse esse suspenso por ato do Chefe do Executivo.

Esses precedentes do Tribunal mineiro têm amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No REsp. n.º 1.090.994-PR, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, DJ 21.08.2009, admitiu-se a adequação da ação civil pública para se obrigar município a regulamentar a instalação das estações de rádio base de telefonia celular naquela localidade.

Em outro julgado, a mesma Turma deu provimento a recurso especial para que a Administração destinasse verba orçamentária própria para a realização de obras de recuperação do solo em prol do meio ambiente. A ementa foi assim redigida:

Administrativo e processo civil – Ação Civil Pública – Obras de recuperação em prol do meio ambiente – Ato administrativo discricionário.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido. (REsp. n.º 429.570-GO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004)

No mesmo sentido, a 2ª Turma negou provimento a recurso interposto contra acórdão que condenou o Estado a fornecer equipamentos a hospital universitário (REsp. n.º 1041197/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 16.09.2009).

Na área de proteção dos direitos da criança e do adolescente, é também da 2ª Turma a decisão proferida no REsp. n.º 493.811-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 15.03.2004, determinando a inclusão de verba no próximo orçamento do Município de Santos destinada à implantação de serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de toxicômanos, conforme deliberado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

No REsp. n.º 510598/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 13.02.2008, a aludida Turma determinou a matrícula e a frequência de menores de zero a seis anos em creche da rede pública municipal.

Por sua vez, a 1ª Turma negou provimento ao REsp. n.º 1114012/SC, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, *DJ* 1.12.2009, para manter decisão que estabelecia prazo para que a União e a FUNAI concluam procedimento de demarcação de terras indígenas.

A mesma Turma deu provimento ao REsp. n.º 577.836-SC, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 2.02.2005, para reformar decisão do TJSC que julgara extinta por impossibilidade jurídica do pedido ação civil pública na qual se pretendia regularizar o atendimento médico-cirúrgico prestado pelo Hospital Infantil Joana de Gusmão, “deixando sem a assistência devida aproximadamente 6.600 pacientes infantis, muitos deles há quase ano e meio, sob a alegação de não conseguir vencer a demanda”.

2 Conclusão

APROVADA POR UNANIMIDADE

1. O princípio da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social vem sendo revisto, sempre que o comportamento omissivo do Poder Executivo estiver impedindo a efetivação de direitos previstos na Lei Fundamental.

APROVADA POR MAIORIA

2. Embora a formulação e a execução de políticas públicas dependam da opção daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, essa liberdade não se revela absoluta, porquanto a Carta de 1988, ao eleger como meta central a promoção do bem-estar do homem, acabou por definir como alvo prioritário dos gastos públicos aqueles necessários à garantia de condições mínimas de existência – o mínimo existencial –, de maneira que, apenas depois de atingi-lo, é que se poderá discutir a respeito da aplicação dos recursos remanescentes.

Dano moral coletivo

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Procuradores de Justiça: Antônio Joaquim Fernandes Neto, Antônio Sérgio Rocha de Paula, César Antônio Cossi, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Gisela Potério Santos Saldanha

I Exposição dos fatos e dos fundamentos

Nas ações civis públicas, invocando o precedente do Superior Tribunal de Justiça no REsp. n.º 598.281-MG , algumas decisões têm negado o pedido de condenação por dano moral coletivo, ao argumento de não ser compatível com o dano moral a ideia da "transindividualidade" (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão.

O aludido julgado da Corte Federal – REsp n.º 598.281-MG, 1ª T., Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.05.2006 – está assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

De acordo com o Ministro Teori Zavascki, Relator para o acórdão, só haveria dano moral coletivo se o bem ofendido tivesse valor afetivo ou sentimental para determinado indivíduo, *verbis*:

O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral — como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo.

Por tal razão, o referido Ministro concluiu pela impossibilidade de indenização do dano moral coletivo em razão da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa. O que significa dizer que, em caso de desmatamento — para usar o exemplo dado no acórdão —, só poderíamos cogitar de indenização por dano extrapatrimonial coletivo se as árvores cortadas tivessem valor afetivo para determinados indivíduos.

Com a devida vênia, a aludida ementa não faz justiça aos votos minoritários proferidos no aludido julgado.

É que tanto o Relator, Ministro Luiz Fux, quanto o Ministro José Delgado, em substanciosos votos, divergiram admitindo expressamente a possibilidade de indenização do dano moral coletivo. O voto do primeiro sugeriu a seguinte ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. DANO MATERIAL E MORAL. ART. 1º DA LEI 7347/85.

1. O art. 1º da Lei 7347/85 dispõe: "*Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:*

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica."

2. O meio ambiente ostenta na modernidade valor inestimável para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional.

3. O advento do novel ordenamento constitucional - no que concerne à proteção ao dano moral - possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.

4. No que pertine a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6º, VI, do CDC.

5. Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando atuar ilícito contra o patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido.

6. Deveras, os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental.

7. O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.

8. Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.

9. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem co-existir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado.

10. Sob o enfoque infraconstitucional a Lei n. 8.884/94 introduziu alteração na LACP, segundo a qual passou restou expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei.

11. Outrossim, a partir da Constituição de 1988, há duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, gerando a possibilidade de o cidadão responder pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro.

12. Recurso especial provido para condenar os recorridos ao pagamento de dano moral, decorrente da ilicitude perpetrada contra o meio ambiente, nos termos em que fixado na sentença. (fls. 381/382)

A Ministra Eliana Calmon, embora tenha admitido a possibilidade, em tese, de condenação por dano moral coletivo, no caso concreto não vislumbrou tal ocorrência, ao argumento de que “no aspecto extrapatrimonial, não se procurou evidenciar a efetiva existência do dano coletivo e difuso, restando a questão indefinida pelas instâncias ordinárias, pois a r. sentença não identificou objetivamente tal tipo de dano (coletivo e difuso), responsabilizando os réus *pelo descaso e ilicitude das condutas* (o que implicaria em dupla condenação)”.

A questão suscita controvérsia no Superior Tribunal de Justiça.

A 1ª Turma, no REsp. n.º 821.891-RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.04.2008 e no REsp. n.º 971.844-RS, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 03.12.2009 reafirmou o primeiro posicionamento – da não indenização do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo.

No entanto, a 2ª Turma, em julgado recente – REsp. n.º 1.057.274-RS, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. 01.12.2009 – divergiu para concluir pela desnecessidade de comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico na caracterização do dano extrapatrimonial coletivo.

Afirmou a culta Relatora:

Não aceito a conclusão da 1ª Turma, por entender não ser essencial à caracterização do dano extrapatrimonial coletivo prova de que houve dor, sentimento, lesão psíquica.

De acordo com o citado acórdão, o dano moral coletivo é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

Em seu substancioso voto, a Ministra Eliana Calmon, após ressaltar a impropriedade da denominação *dano moral coletivo* – por trazer consigo, indevidamente, discussões relativas à própria consecução do dano moral no seu aspecto individual (*apud* Leonardo Roscoe Bessa, *Dano moral coletivo*, p. 124) –, fez considerações valiosas sobre a matéria, *verbis*:

[...]

As relações jurídicas caminham para uma massificação e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação, sob pena

de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais. A reparação civil segue em seu processo de evolução iniciado com a negação do direito à reparação do dano moral puro para a previsão de reparação de dano a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do já consagrado direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo e pela pessoa jurídica (cf. Súmula 227/STJ).

[...]

O dano extrapatrimonial deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores que dão singularidade ao valor coletivo.

O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costume e tradições. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade a ideia do coletivo.

A reparação dessa lesão tem assento constitucional, uma vez que a indenização pelo dano extrapatrimonial, prevista no inciso X do art. 5º da CF, não está restrita ao *pretium doloris*, mas abrange qualquer ofensa ao nome, à imagem, à honra, etc., abrangendo não apenas a pessoa natural, mas as pessoas jurídicas (Súmula n.º 227 do STJ) e a **coletividade**, em razão da não vedação desse dispositivo.

O art. 1º da Lei n.º 7.347/85 estabelece:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por **danos morais** e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III – à ordem urbanística;
- IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística.

A lei brasileira, de forma avançada, “possibilitou a tutela jurisdicional desses direitos difusos e, assim o fazendo, instrumentalizou a reparabilidade do dano extrapatrimonial coletivo, como categoria equiparada ao direito da personalidade. Neste sentido, a posição de Limongi França propõe o seguinte conceito: ‘dano moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico do seus bens jurídicos’, como adverte o magistério do Professor José Rubens Morato Leite.¹⁵⁸

O dano moral difuso se assenta exatamente na agressão a bens e valores jurídicos que são inerentes a toda a coletividade de forma indivisível.

Nesse sentido, há precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na área do consumidor, admitindo a condenação por dano extrapatrimonial coletivo decorrente: a) da propaganda enganosa (AC n.º 1.0702.029297-6/001, 15ª CC, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, DJ 01.08.2006); b) da venda de combustível adulterado (AC n.º 1.0702.03.089917-4/001, 12ª CC, Rel. Des. Domingos Coelho, j. 26.03.2008; AC n.º 1.0702.03.103480-5/001, 2ª CC, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. 22.07.2008); c) da deficiência na prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica (AC 1.0657.000926-8/001, 13ª CC, Rel. Des. Adilson Lamounier, j. 17.04.2008).

II Conclusão

1 - O dano moral coletivo – entendido como o transindividual, que atinge uma classe específica ou não de pessoas – caracteriza-se quando sucede ofensa a bem jurídico não patrimonial da sociedade.

2 - É desnecessária a vinculação do referido dano à noção de dor e sofrimento psíquico de caráter individual.

¹⁵⁸ MORATO LEITE, José Rubens. *Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no Direito Brasileiro*. Apud MILARÉ, Édís e outros. *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 432.

Improbidade administrativa: a indisponibilidade de bens e a desnecessidade da prova de dilapidação

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Procuradores de Justiça: Antônio Joaquim Fernandes Neto, Antônio Sérgio Rocha de Paula, César Antônio Cossi, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Nedens Ulisses Freire Vieira

I Exposição dos fatos e dos fundamentos

Discute-se, nas ações de improbidade administrativa, se o deferimento do pedido liminar de indisponibilidade de bens exige ou não a prova de dilapidação.

O tema desperta controvérsia e, diante da relevância da medida para a efetividade do processo, passamos a analisar a questão.

Essa medida cautelar em caso de prática de ato de improbidade administrativa tem previsão constitucional:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a **indisponibilidade** dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (art. 37, § 4º, da CF, grifo nosso)

A Lei n.º 8.429/92 dividiu os atos de improbidade administrativa em três categorias: aqueles que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública

(art. 11). Nas três hipóteses, a lei prevê, além de outras sanções, como cominação, o ressarcimento integral do dano e o pagamento de multa civil (equivalente a três vezes o acréscimo patrimonial, duas vezes o valor do dano e cem vezes a remuneração percebida pelo agente), sendo certo que, nos dois primeiros casos (arts. 9º e 10), a norma também prevê a perda de bens e de valores acrescidos ilicitamente (art. 12, I, II e III).

Da leitura atenta dos dispositivos citados, observa-se que a repercussão patrimonial do ilícito não está restrita ao ressarcimento integral, implicando também a perda do acréscimo recebido pelo agente e a imposição de multa civil de valor considerável.

Daí a providência, prevista no art. 16 da citada lei, de sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, com o objetivo de assegurar o ressarcimento dos prejuízos, buscado na ação principal.

Essa providência cautelar deverá atingir todos os bens do autor do ilícito, mesmo os adquiridos anteriormente ao fato, pois, como bem lembra o magistério de Fábio Osório:

[...]

O que se deve garantir é o integral ressarcimento ao erário. Assim, o patrimônio do réu da ação de improbidade fica, desde logo, sujeito às restrições do art. 37, parágrafo 4º, da Magna Carta, pouco importando, nesse campo a origem lícita dos bens. Trata-se de execução patrimonial decorrente de dívida por ato ilícito. Prepondera, aqui, a análise do requisito da fumaça do bom direito. Se a pretensão do autor da “actio” se mostra plausível, calcada em elementos sólidos, com perspectiva concreta de procedência e imposição das sanções do art. 37, parágrafo 4º, da Carta Constitucional, a consequência jurídica adequada, desde logo, é a indisponibilidade patrimonial e posterior seqüestro dos bens.¹⁵⁹

¹⁵⁹ OSÓRIO, Fábio. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 241.

Prova disso é que o § 2º do citado art. 16 autoriza, também, o pedido de investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior pelo indiciado, nos termos da lei e dos tratados internacionais. Daí a conclusão de que a preocupação do legislador é com o ressarcimento do dano antes que o agente público comece a dilapidar seu patrimônio.

O perigo da demora, portanto, na ação de improbidade administrativa, emerge “dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário. A indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz conseqüência do processamento da ação, forte no art. 37, § 4º, da Constituição Federal”, como conclui o autor já citado.¹⁶⁰

Essa medida, porém, não exige a prévia indicação dos bens. É preciso diferenciar as duas hipóteses de provimento acautelatório previstas na Lei n.º 8.429/92: na indisponibilidade (art. 7º), a constrição recai, de regra, sobre todo o patrimônio do atingido, e o proprietário mantém a posse de seus bens; no sequestro, implicando a individualização dos bens sujeitos à constrição judicial, tem-se medida mais drástica, por importar na apreensão desses bens.

A indisponibilidade recairá sobre tantos bens do patrimônio do réu quantos forem necessários para o integral ressarcimento do dano causado.

Desnecessária, portanto, a prova de que o réu esteja dilapidando o seu patrimônio. A lei não faz essa exigência.

Se há indícios aparentes, que possam expressar uma transgressão, o interesse público recomenda a sua averiguação, e, para tanto, deve ser acautelado, pela eficácia do processo.

No mesmo sentido inclinou-se a jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PARA FIM DE PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

¹⁶⁰ OSÓRIO, Fábio. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 241.

INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL DE TUTELA COLETIVA.

O microssistema de tutela processual coletiva (art. 7º da Lei n. 8.429/92 cumulado com o art. 12 da Lei n. 7.347/85), por força da relevância do direito tutelado conjugado com risco de grave lesão, admite e legitima, na hipótese de lesão ao patrimônio público, por quebra do dever de probidade administrativa, que o juiz, a requerimento do Ministério Público, adote, com intuito acautelatório, medida de indisponibilidade dos bens dos agentes públicos na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, para assegurar, de modo adequado e eficaz, o integral e completo ressarcimento do dano em favor do erário, independentemente de justificação prévia. A garantia constitucional à liberdade dos bens cede à necessidade de garantia da efetividade das decisões jurisdicionais, principalmente em se tratando de hipóteses de improbidade administrativa, uma vez que o risco de prejuízo ao erário atinge não só a administração, como toda a coletividade, em face da sua natureza. Destarte, não há que se falar que a decisão recorrida é nula por mácula à regra do art. 17 da Lei n. 8.429/92, parágrafo 7º. O inquérito civil público não se confunde com o inquérito penal público, daí que não se pode aplicar àquele as regras deste. Ademais, a lei de improbidade administrativa não possui natureza jurídica de direito penal, por isso que suas sanções são administrativas, e não penais. Dado a esses aspectos, causa estranheza - por esdrúxula - a alegação de nulidade do ato investigatório formulado pelo Ministério Público no inquérito civil público. O inquérito civil é mera peça informativa, destinada apenas a colher elementos que venham a indicar a necessidade ou não de ajuizar ação civil pública. Não constitui prova exclusiva e inequívoca dos atos imputados aos investigandos, podendo ser questionado, amplamente, em juízo. Ademais, se admitida a tese dos recorrentes de que o Ministério Público não pode realizar ato investigatório na esfera civil, quem as realizaria? A Polícia Judiciária? Criar-se-ia, assim, uma nova competência para Polícia Judiciária: investigação de infrações administrativas e civis ligadas à improbidade. O que me parece um absurdo! A auto-executoriedade do inquérito civil público outorga ao Ministério Público o poder de realizar as diligências investigativas sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. (AI n.º 1.0140.04.910578-0/001, Rel. Des. Maria Elza, *DJ* 11.03.2005)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - FRAUDE EM PROCESSO LICITATÓRIO - INDISPONIBILIDADE DE BENS - REQUISITOS. Estando presentes, pelo menos provisoriamente, o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”, requisitos indispensáveis à concessão da liminar, de modo a se caracterizar a plausibilidade aparente da pretensão aviada, revela-se prudente o seu deferimento, de modo a assegurar a efetividade da

prestação jurisdicional reclamada. (AI n.º 1.0280.08.026335-1/003, Rel. Des. Edílson Fernandes, *DJ* 24.07.2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BLOQUEIO DE BENS. MEDIDA EXCEPCIONAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. DEFERIMENTO.

Os fortes indícios de fraude no procedimento de licitação - apurados em regular investigação criminal - autorizam o bloqueio de bens do ordenador de despesas responsável pelo eventual prejuízo suportado pelo erário. A possibilidade de o réu criar meios para embarçar eventual cumprimento da condenação justifica a decretação da indisponibilidade de bens. Recurso conhecido e provido. (AI n.º 1.0418.08.015013-3/001, Rel.ª Des.ª Albergaria Costa, *DJ* 14.08.2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ASSESSORES FICTICIAMENTE. LESÃO AO ERÁRIO. LIMINAR. -Se vereadores contratam ficticiamente assessores apropriando-se da maior parte de seus proventos causando dano ao erário, incensurável é a decisão que decreta a indisponibilidade de seus bens imóveis, bem como a quebra de seus sigilos financeiros e fiscais.

- Não possuindo alguns vereadores bens imóveis para responder pelos danos causados ao erário, necessário se torna a ampliação de referida indisponibilidade para que a mesma também recaia sobre seus bens móveis a fim de que a prestação jurisdicional de complete. (AI n.º 1.0342.04.052550-9/002, Rel. Des. Belizário de Lacerda, *DJ* 06.12.2007)

No mesmo sentido: TJMG – AI n.º 1.0016.04.035400-9/002, Rel. Des. Edílson Fernandes, *DJ* 25.02.2005; AI n.º 1.0000.00.352837-9/000; AI n.º 1.0518.03.055767-3/001, Rel. Des. Maria Elza, *DJ* 28.09.2004; AI n.º 1.0362.08.093751-3/001, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, *DJ* 11.08.2009; AI n.º 1.0411.08.037405-0/001, Rel. Des. Audebert Delage, *DJ* 20.08.2008; AI n.º 1.0352.07.039318-1/002, Rel. Des. Manuel Saramago, *DJ* 2.12.2008.

Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal no Estado do Maranhão contra a ora recorrida e outros,

em virtude de suposta improbidade administrativa em operações envolvendo recursos do Fundef e do Pnae.

2. A indisponibilidade dos bens é medida de cautela que visa a assegurar a indenização aos cofres públicos, sendo necessária, para respaldá-la, a existência de fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário (*fumus boni iuris*).

3. Tal medida não está condicionada à comprovação de que os réus estejam dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora está implícito no comando legal. Precedente do STJ.

4. Recurso Especial provido. (REsp. n.º 1115452/MA, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.04.2010)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DILAPIDAÇÃO DOS BENS. RECEIO DO JULGADOR. SÚMULA 7/STJ. INVIABILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DA CAUTELAR VINCULADA.

I - Para se aferir se presentes ou não as condições que permitiram a decretação da indisponibilidade de bens do requerente, inevitável seria o revolvimento do panorama probatório, o que é vedado a teor da Súmula 7 do Tribunal Superior.

II - A indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, demonstra receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento.

III - Neste panorama, para avaliar o baldrame em que foi esteiada a convicção do julgador pelo "receio" em desfavor da integridade de futura indenização, faz-se impositivo revolver os elementos utilizados para atingir o convencimento demonstrado, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial, inviabilizando a cautelar vinculada a tal recurso.

IV - A indisponibilidade recairá sobre tantos bens quantos forem necessários ao ressarcimento do dano resultante do enriquecimento ilícito, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade. Também por este viés faz-se de rigor o exame do conjunto probatório para aquilatar tal incidência. Precedente: REsp n.º 401.536/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 06/02/2006, p. 198.

V - Agravo regimental improvido. (AgRg na MC 11139-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 14.03.2006 – grifo nosso)

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DANO AO ERÁRIO - DESVIO DE DINHEIRO PÚBLICO - EMISSÃO DE CHEQUE DA CÂMARA LEGISLATIVA À EMPRESA INEXISTENTE - MEDIDAS LIMINARES - PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS.

1 - O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o 7º da Lei de Improbidade Administrativa, exige fortes indícios de responsabilidade do agente na consecução do ato ímprobo, em especial nas condutas que causem dano material ao Erário.

2 - Comprovados fatos que, em tese, são tipificados como atos de improbidade e de autoria calçada em fortes indícios, em avançada apuração, pode-se estabelecer um juízo de probabilidade que autoriza certas providências acautelatórias.

3 - Demonstrado e até apurado o quantitativo de dano ao erário, oriundos dos atos de improbidade, há em favor do autor das providências, o MP, fumus boni iuris.

4. Embora eventual, é provável a dilapidação patrimonial dos envolvidos nos fatos em apuração, restando evidenciada a circunstância do *periculum in mora*.

5. A indisponibilidade de bens e a busca e apreensão de documentos, como medidas cautelares, prescindem de contraditório antecedente.

6 - Recurso especial conhecido e provido em parte. (REsp. n.º 1.134.638-MT, 2ª Turma, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. 27.10.2009)

II Conclusão

Nas ações de improbidade administrativa, a indisponibilidade cautelar dos bens é medida obrigatória, de correndo de expressa dicção constitucional e legal, diante da presunção do “*periculum in mora*” do desvio de bens.

A lei de improbidade administrativa como instrumento para a perda da função pública e o equívoco do fracionamento da competência

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Procuradores de Justiça: Antônio Joaquim Fernandes Neto, Antônio Sérgio Rocha de Paula, César Antônio Cossi, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão.

Tese apresentada por: Luiz Carlos Teles de Castro

1 Exposição dos fatos e dos fundamentos

A lei de improbidade administrativa, como é conhecida a Lei nº 8.429/92, veio para dar cumprimento ao preceito estatuído no artigo 37, § 4º, da Constituição da República.

O ato de improbidade é cometido pelos “agentes públicos”, assim definidos no art. 2º da Lei nº 8.429/92:

Art. 2º. 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.

Segundo o que se extrai da lição sempre esclarecedora de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, [...] “a concepção de agente público não foi construída sob uma perspectiva meramente funcional, sendo definido o sujeito ativo a partir da identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, havendo um nítido entrelaçamento entre as duas noções”¹⁶¹.

Com isso, conclui-se que, em verdade, não são apenas os agentes públicos que estão sujeitos às sanções da lei de improbidade, mas também aquelas pessoas físicas que possuam algum vínculo com as entidades que recebam qualquer montante do erário, conforme expressamente consignado na parte final do art. 2º (nas entidades mencionadas no artigo anterior).

Observa-se, portanto, que a concepção de agente público dada pelo art. 2º da Lei nº 8.429/92 é extremamente abrangente, estando enquadrados em tal categoria, sem dúvida, Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça, Procuradores da República, Juízes, Desembargadores, Ministros dos Tribunais Superiores, Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas, conforme, inclusive, asseveram os mestres Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves.

No mesmo diapasão, ensina Paulo Mascarenhas:

Quem são, afinal, os agentes públicos de que fala a lei? Este art. 2º conceitua e define como agente público quem exerce, mesmo que de forma transitória e sem remuneração, por eleição (Prefeitos, Governadores de Estado e do Distrito Federal, Deputados Federais, Distritais, Estaduais e Senadores e o Presidente da República), nomeação (Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Distritais, Secretários Municipais, servidores concursados), designação, contratação (nos casos expressamente permitidos em lei) ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos

¹⁶¹ GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, Lumen Juris, 2ª ed., p. 234/235.

Poderes (Executivo, legislativo e Judiciário) da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada, a qualquer título, ao patrimônio público ou de entidades descritas e caracterizadas no artigo anterior.¹⁶²

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é estabelecer um paralelo entre a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e as leis específicas de cada categoria antes mencionada, que asseguram aos seus membros a vitaliciedade.

Ora, uma vez adquirida a vitaliciedade, o agente por ela alcançado poderá perder o cargo somente por força de sentença judicial transitada em julgado. Por esse motivo, é de se convir, necessária uma análise a respeito da possibilidade de o juízo monocrático, competente para julgar as ações de improbidade, aplicar a sanção de perda do cargo àqueles agentes.

De fato, assim preceitua o art. 12 da Lei nº 8.429/92:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, **perda da função pública**, [...];

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, **perda da função pública**, [...];

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, **perda da função pública**, [...]. (grifo nosso)

Nota-se, assim, que a perda da função pública constitui sanção a ser aplicada em todas as hipóteses de cometimento da improbidade administrativa, não obstante o § 4º do art. 37 da Constituição da República utilize a expressão “gradação” e

¹⁶² MASCARENHAS, Paulo. *Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito*. Leme Editora de Direito, 1999, p. 18.

o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.429/92 estabeleça que, “na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

Ocorre, contudo, que tanto o Ministério Público Estadual quanto o Federal são disciplinados por suas respectivas leis orgânicas (Lei Complementar nº 75/93 e Lei nº 8.625/93). No que diz respeito aos integrantes do Ministério Público Estadual, o art. 38, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.625/93 estabelece que eles poderão perder o cargo somente por força de decisão proferida em ação civil, a ser julgada pelo Tribunal de Justiça local, nos casos de “prática de crime incompatível com o exercício do cargo”, “exercício da advocacia” e “abandono de cargo por prazo superior a 30 (trinta) dias corridos”.

Por outro lado, a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao alterar o art. 125, §§ 4º e 5º, da Constituição da República, determinou que a competência para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças cabe ao Tribunal de Justiça Militar dos Estados.

Art. 125 [...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei, cabendo tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (ANTIGA REDAÇÃO)

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os **militares dos Estados** nos crimes militares definidos em lei e **ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do Tribunal do Júri quando a vítima for civil**, cabendo tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (NOVA REDAÇÃO)

Da mesma forma os magistrados vitalícios: Ou seja, estabelece o art. 26 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) que estes perderão o cargo tão só em “ação penal por crime comum ou de responsabilidade”; e em

procedimento administrativo nas hipóteses de: a) “exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou privado”; b) “recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento”; c) “exercício de atividade político-partidária”.

Já o artigo 27 da mesma lei determina que a sanção de perda do cargo será aplicada em procedimento instaurado no tribunal a que pertença ou esteja subordinado o magistrado.

Observa-se, portanto, que, em verdade, trata-se de um foro por prerrogativa de função para essas categorias de servidores públicos, inclusive o Policial Militar, que foi alçado a um patamar que nem mesmo os Prefeitos Municipais lograram alcançar com a Lei nº 10.628/2002, declarada inconstitucional pelo STF.

O fato é que, a rigor, essas categorias de agentes públicos (Juizes, Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça, Procuradores da República, Militares Estaduais) adquiriram um foro por prerrogativa de função, na medida em que as suas leis específicas, assim como o art. 125, e §§, da Constituição da República (no caso dos militares), determinam a competência originária dos respectivos tribunais no que diga respeito a julgar os casos que podem resultar em perda do cargo.

Reforça esse entendimento a decisão proferida, em primeiro grau, no processo nº 1.0024.08.134707-2/001, em que o douto Magistrado, ao receber uma inicial de ação de improbidade, fez a seguinte ressalva:

Cuida-se de ação civil pública por atos de improbidade administrativa, que, como sobejamente se sabe, pode ser ajuizada contra **qualquer** agente público, inclusive promotores de justiça e magistrados, e cuja competência é afeta a este Juízo da Fazenda Pública Estadual.

Com efeito, os membros do Ministério Público não estarão sujeitos à pena de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/92, pois, sendo a vitaliciedade uma prerrogativa do agente ministerial, o legislador infraconstitucional estabeleceu expressamente os casos que implicam a perda do seu cargo.

Entretanto, não há qualquer óbice a que um promotor de justiça seja processado por ato de improbidade administrativa, com espeque na Lei n. 8.429/92, e, em caso de punição, sejam-lhe aplicadas as demais sanções, notadamente porque o seu art. 2º, ao dar a definição de agente público, estatuiu que se sujeitará aos efeitos da lei qualquer pessoa que ocupe mandato, cargo, emprego ou função em uma das entidades listadas no art. 1º, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, e seja qual for a forma de investidura (eleição, nomeação, contratação, designação etc.).

Portanto, extrai-se dessa decisão, claramente, que há uma tendência em não se acolher a ação de improbidade administrativa como instrumento capaz de impor a perda do cargo a determinadas categorias de servidores públicos, como, no caso, Promotor de Justiça e Juiz de Direito, conforme deixou consignado o eminente Magistrado prolator da decisão interlocutória antes transcrita.

Não bastasse isso, restou patente que o objetivo é fracionar a competência, ou seja, a ação de improbidade administrativa é recebida mas entre as sanções que dela concretamente podem decorrer não se inclui a perda do cargo, pois essa sanção caberá exclusivamente ao Tribunal de Justiça, tendo-se em vista a previsão insculpida na lei específica daquela categoria de servidor público.

Entretanto, quando se ajuíza uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a toda evidência, o objetivo é a aplicação das penas previstas na legislação de regência em sua totalidade. Não se cogita da hipótese de exclusão de uma das sanções possíveis, como o é a perda do cargo, especialmente porque o ato de improbidade pode ser daqueles que não permitem ao juiz contemporizar na dosagem da sanção.

Não obstante esteja prevista a possibilidade de “gradação” da pena (como consta na Carta Maior, art. 37, § 4º CR), e a de fixação da pena com base na

extensão do dano causado (como consta na LIA, art. 12, parágrafo único), o que deságua no entendimento de que a pena não deve ser aplicada cumulativamente, a verdade é que essa faculdade que é dada ao juiz só se materializa após a tramitação do feito, no ato da prolação da sentença. Desse modo, quando a ação é intentada, espera-se que o réu esteja sujeito também à sanção de perda do cargo.

O nosso Egrégio Sodalício, por seu turno, chancelou a decisão proferida¹⁶³, e o acórdão ficou assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROMOTOR DE JUSTIÇA - PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA - NÃO CABIMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO. "Os casos de perda da função pública de membros do Ministério Público e Magistratura encontram-se expressamente delineadas pelas Leis Complementares n. 8.625/93 e 35/79, respectivamente, nelas não se incluindo os casos de improbidade administrativa". (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.08.134707-2/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - Rel. Des. Alvim Soares – Data do Julgamento: 04.08.2009 – 7ª Câmara Cível – TJMG)

Entretanto, é de se convir, essa discussão não constitui uma novidade propriamente dita. Tanto assim que, recente julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo em ação civil pública por improbidade, Processo nº 071.576-0/2-00, houve a condenação dos Procuradores de Justiça do Estado de São Paulo Artur Pagliusi Gonzaga e Roberto Freiria Estevão em perda da função pública, pagamento de indenização por danos morais e materiais, além de multa civil correspondente a vinte vezes o valor dos seus vencimentos.

O mesmo posicionamento não foi adotado pelo Tribunal de Justiça mineiro com relação aos policiais militares, o qual apontou o Tribunal de Justiça Militar como órgão competente para processamento e julgamento das ações de improbidade

¹⁶³ No processo nº 1.0024.08.134707-2/001, referido na página 06

ajuizadas contra os militares, tendo-se em vista a determinação constitucional que atribuiu a competência da Corte Militar Estadual para impor a perda do cargo.

Nas vezes em que foi chamado a se pronunciar a respeito desse tema, especificamente sobre ações de improbidade administrativa imputada a policiais militares, o Tribunal de Justiça mineiro decidiu-se pela anulação dos processos, e se dá por incompetente, sob a justificativa de que “[...] falece competência a este Tribunal para julgamento da presente demanda, pois a Emenda Constitucional nº 45/2004, com a nova redação dada ao art. 125, § 4º e § 5º, da Constituição da República, atribuiu ao Tribunal de Justiça Militar a competência para a apreciação e julgamento de matéria relativa à perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”.¹⁶⁴

2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

Por tudo o que até então se expôs, resta apenas a certeza de que a Lei nº 8.429/92, realmente, impõe a sanção de perda da função pública por ato de improbidade a todos os agentes públicos, incluindo-se nesse rol os Promotores de Justiça, os Procuradores de Justiça, os Procuradores da República, os Juízes de Direito, assim como os demais já citados no presente trabalho, mas essas categorias possuem, cada uma, lei orgânica específica, e elas, da mesma forma, preveem a hipótese de perda do cargo em determinadas circunstâncias, porém, exigindo que as ações que busquem a aplicação da sanção de perda do cargo sejam instauradas nos respectivos Tribunais de Justiça, estabelecendo assim o foro por prerrogativa de função.

Contudo, antes de fazermos uma incursão no entendimento esposado tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal em relação

¹⁶⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0105.03.100918-3/001. Relator: Desembargadora Maria Elza. Belo Horizonte. Data do Julgamento: 22 de novembro de 2007. Minas Gerais, Belo Horizonte, 4 dez. 2007. Veja-se também Apelação Cível nº 1.0702.05.218259-1/001.

à matéria, oportuno que se exponha o entendimento sempre qualificado e consistente dos autores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves a respeito do conflito surgido:

Em nosso pensar, a incoerência da referida conclusão está nitidamente entrelaçada com a equívoca identificação da norma especial e da norma geral. *In casu*, o parâmetro a ser seguido, consoante a própria letra do art. 37, § 4º, da Constituição da República, haverá de ser a natureza do ato, e não a qualidade do agente público. Justifica-se a assertiva, pois toda a sistemática legal e constitucional gira em torno dos atos de improbidade, o que demonstra que a Lei nº 8.429/92 ocupa o posto de norma de natureza especial, rompendo com a disciplina dispensada aos demais ilícitos passíveis de serem praticados, estes sim regulados pela Lei Orgânica da Instituição, que será considerada norma especial em razão da peculiar condição do agente.

Assim, o que se verifica é o elástico das hipóteses autorizadoras da perda da função prevista no art. 38, § 1º, da Lei nº 8.625/93. Por constituir a Lei nº 8.429/92 um microsistema de combate à improbidade, com peculiaridades próprias e que comina sanções de natureza cível, também em relação aos membros do Ministério Público Estadual inexistente prerrogativa de foro, devendo ser fixada a competência do juízo monocrático. Em que pese o fato de o art. 38, § 2º, da Lei nº 8.625/93 ser claro ao estatuir que “a ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local”, tal preceito somente será aplicável às hipóteses previstas no diploma legal em que está inserido, não alcançando a disciplina específica da Lei de Improbidade.¹⁶⁵

Quanto aos Juízes de Direito, diga-se, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves pensam da mesma forma – e, para justificar o seu entendimento, fazem as seguintes ponderações:

No que concerne aos Magistrados vitalícios, estabelece o art. 26 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) que estes somente perderão o cargo em “ação penal por crime comum ou de responsabilidade”; e em procedimento administrativo nas hipóteses de: a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de

¹⁶⁵ GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, Lumen Juris, 2ª ed., p. 500.

magistério superior, público ou privado; b) recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento; c) exercício de atividade político-partidária. A sanção de perda do cargo será aplicada em procedimento instaurado perante o tribunal a que pertença ou esteja subordinado o magistrado. (art. 27 da Lei Complementar nº 35/79)

[...]

De forma similar ao que foi dito em relação aos membros do Ministério Público dos Estados, os magistrados que praticarem atos de improbidade estarão sujeitos à perda do cargo tal sanção, por sua vez, será aplicada pelo juízo de primeiro grau ou, em estando presentes os pressupostos específicos previstos na LOMAN, pelo tribunal a que pertençam ou estejam subordinados os magistrados.

Nota-se, com isso, que há um raciocínio lógico a autorizar o uso da Lei de Improbidade Administrativa como meio idôneo para se alcançar a aplicação da sanção de perda da função pública também para os membros do Ministério Público e do Judiciário, pois, além de as hipóteses previstas nas respectivas leis orgânicas para a perda do cargo não abarcarem os atos caracterizadores da improbidade, também não se justifica o fracionamento da competência, que ocorre quando se aceita a ação de improbidade no juízo monocrático desde que excluía a possibilidade da punição com a perda do cargo.

Aliás, foi nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça solucionou o conflito de competência suscitado pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, de nº 100.682 – MG (2008/0237608-6), tendo o relator Ministro Castro Meira consignado em seu voto que se tratava de uma questão inédita naquela Corte.

O Tribunal de Justiça Militar mineiro suscitou o conflito por entender que a apreciação de ação civil de improbidade não se inseria no âmbito de sua competência, mesmo após a edição da EC nº 45/04. Assim, propôs fosse desmembrado o julgamento, de modo que a Justiça comum de primeiro grau apreciasse a ação de improbidade, aplicando aos réus as sanções que entendesse cabíveis, e que, por sua vez, o Tribunal de Justiça Militar decidisse se era o caso de decretar a perda do cargo ou função pública do policial militar, por força do que determina o dispositivo constitucional citado.

No que interessa, o aresto ficou assim ementado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA PELO MP CONTRA SERVIDORES MILITARES. AGRESSÕES FÍSICAS E MORAIS CONTRA MENOR INFRATOR NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLICIAL. EMENDA 45/05. ACRÉSCIMO DE JURISDIÇÃO CÍVEL À JUSTIÇA MILITAR. AÇÕES CONTRA ATOS DISCIPLINARES MILITARES. INTERPRETAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FRACIONAMENTO DA COMPETÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 125, § 4º, *IN FINE*, DA CF/88. PRECEDENTES DO SUPREMO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO.

5.6 No caso, a ação civil por ato de improbidade não se dirige contra a Administração Militar, nem discute a validade ou consequência de atos disciplinares militares que tenham sido concretamente aplicados. Pelo contrário, volta-se a demanda contra o próprio militar e discute ato de “indisciplina” e não ato disciplinar.

6. Desnecessidade de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade

6.1 Em face do que dispõe o art. 125, § 4º, *in fine*, da CF/88, que atribui ao Tribunal competente (de Justiça ou Militar, conforme o caso) a tarefa de “decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”, resta saber se há, ou não, necessidade de fracionar-se o julgamento desta ação de improbidade, pois o MP requereu, expressamente, fosse aplicada aos réus a pena de perdimento da função de policial militar.

6.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a competência para decidir sobre perda do posto ou da patente dos oficiais ou da graduação dos praças somente será da competência do Tribunal (de Justiça ou Militar, conforme o caso) nos casos de perda da função como pena acessória do crime que à Justiça Militar couber decidir, não se aplicando à hipótese de perda por sanção administrativa, decorrente da prática de ato incompatível com a função de policial ou bombeiro militar. Precedentes do Tribunal Pleno do STF e de suas duas Turmas.

6.3 Nesse sentido, o STF editou a Súmula 673, *verbis*: “O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo”.

6.4 Se a parte final do art. 125, § 4º, da CF/88 não se aplica nem mesmo à perda da função decorrente de processo disciplinar, com muito mais razão, também não deve incidir quando a perda da

patente ou graduação resultar de condenação transitada em julgado na Justiça comum em face das garantias inerentes ao processo judicial, inclusive a possibilidade de recurso até as instâncias superiores, se for o caso.

6.5 Não há dúvida, portanto, de que a perda do posto, da patente ou da graduação dos militares pode ser aplicada na Justiça Estadual comum, nos processos sob sua jurisdição, em afronta ao que dispõe o art. 125, § 4º, da CF/88.

7 Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 100.682-MG (2008/0237608-6) – Rel. Ministro Castro Meira – Data do Julgamento: 10.06.2009).

Idêntica posição foi adotada no Conflito de Competência nº 90.547-MG (2007/0237630-0)

O mesmo entendimento tem sido manifestado quando se trata de membros do Poder Judiciário, acusados do cometimento de atos de improbidade administrativa, ou seja, eles não fazem jus ao chamado “foro por prerrogativa de função”, a deslocar a competência para os tribunais respectivos, conforme está assentado no STJ:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – MEDIDA CAUTELAR LIMINAR – INDISPONIBILIDADE DE BENS – QUEBRA DE SIGILO – DESEMBARGADOR – INEXISTÊNCIA DE PRERROGATIVA DE FORO – JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU – POSSIBILIDADE. Não se há falar em foro especial por prerrogativa de função nas ações civis públicas para apuração de atos de improbidade administrativa, bem como no inquérito civil instaurado para investigar a suposta prática dos referidos atos. (AgRg no Resp. nº 1.088.258-GO (2008/0205892-6) – Rel. Min. Humberto Martins)

No bojo do aresto cuja ementa se transcreveu, o eminente Ministro Relator assim justificou o seu entendimento:

Verifica-se que houve concessão de liminar pelo magistrado de primeiro grau, determinando a indisponibilidade de bens e a quebra de sigilo fiscal dos réus, inclusive do ora agravado, que ocupa o cargo de Desembargador.

Aceitando a tese da defesa, a Corte de origem deu provimento ao agravo de instrumento contra a liminar deferida, reconhecendo “*a incompetência do juízo comarcado em favor desta corte, por seu órgão especial, pelo que, com relação ao agravante, casso a decisão agravada e demais atos de caráter jurisdicional e ordeno o desmembramento do processo, com extração de cópia integral dos autos de origem e encaminhamento ao órgão competente para instauração e condução do feito em todas as fases*”.

Efetivamente, a competência do Juízo de primeiro grau de jurisdição para processar e julgar ação de improbidade administrativa, quando figurar no pólo passivo autoridade que detenha foro especial, por prerrogativa de função, não estava pacificada, tanto em sede jurisprudencial quanto doutrinária.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797, “*para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal*” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26.9.2005, p. 36)

Assim, em face do efeito vinculante da referida decisão, não se há falar em foro especial por prerrogativa de função nas ações civis públicas para apuração de atos de improbidade administrativa, bem como no inquérito civil instaurado para investigar a suposta prática dos referidos atos.

Sobre o tema, ainda os seguintes precedentes do Superior Tribunal de

Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. DESEMBARGADOR FEDERAL. LEI 10.628/2002 DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF (ADI 2.797/DF). SUPOSTO ESGOTAMENTO DO OBJETO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. INADEQUAÇÃO DE TAL AFIRMAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. JUÍZO DES CONVENCIMENTO EXCLUSIVO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DO PARQUET FEDERAL EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO PARA INSTAURAR E PRESIDIR O INQUÉRITO CIVIL. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. No caso dos autos, o representante do Ministério Público Federal em primeiro grau de jurisdição instaurou o inquérito civil público nº 01/2002, objetivando a investigação de suposta prática

de atos de improbidade administrativa (irregularidades e falhas no sistema de distribuição de processos – fls. 29) cometidos pelo ora recorrido, desembargador federal do c. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, dentre outros investigados.

2. Contra o referido inquérito civil, o ora recorrido impetrou mandado de segurança no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, objetivando o trancamento definitivo do procedimento investigatório, no qual foi concedido o *mandamus* sob os fundamentos da configuração de foro especial por prerrogativa de função, em face do advento da Lei 10.628/2002, bem como do esgotamento das investigações no inquérito civil.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797/DF, “para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.9.2005, p. 36). Desse modo, em face do efeito vinculante da referida decisão, não há falar em foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, bem como no inquérito civil instaurado para investigar a suposta prática dos referidos atos. Precedentes da Corte Especial deste Tribunal Superior.

4. “O inquérito civil, pois, é instrumento de investigação exclusivo do Ministério Público, que tramita em sua via administrativa, instaurado e presidido por membro dessa Instituição, para a apuração de fatos ou atos eventualmente atentatórios ao interesse público, difuso ou coletivo, inclusive, portanto, transgressores da probidade administrativa, e tem por objeto coletar elementos probatórios para formação do convencimento do órgão ministerial sobre o ajuizamento de ação civil (pública ou de improbidade administrativa) ou sobre seu arquivamento por não-configuração, na essência, ou, por falta de provas, do fato violador investigado ou de sua autoria”. (FILHO, Marino Pazzaglini, Lei de Improbidade Administrativa Comentada, 2ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2005, p. 175).

5. Assim, não se pode afastar a competência atribuída pela Constituição Federal ao Ministério Público para instaurar inquérito civil (art. 129, III), obstruindo a investigação dos graves fatos noticiados nos autos, sob o fundamento de eventual esgotamento ou inutilidade do procedimento investigatório. Tais considerações somente poderão ser afirmadas após o encerramento das investigações e, apenas, pelo órgão do Ministério Público competente que preside o inquérito civil.

6. Portanto, impõe-se o destrancamento do referido inquérito civil em face da manifesta competência do órgão do Ministério Público Federal, atuante em primeiro grau de jurisdição, para instaurar e presidir inquérito civil objetivando a investigação de fatos prováveis configuradores de atos de improbidade

administrativa, e, eventualmente, ajuizar possível ação civil contra os investigados.

7. Recurso especial provido para denegar a segurança concedida pelo Tribunal de origem. (Resp. 644.287/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, Julgado em 12.12.2006, DJ 1º.2.2007, p. 396)

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPEDIR INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL – APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE COMETIDO POR MAGISTRADO – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: DESCABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO ART. 535 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE: SÚMULA 284/STF.

1. Descabe ao STJ, em sede de recurso especial, analisar possível ofensa a dispositivo constitucional.

2. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem indicação precisa da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte.

3. O STJ tem entendido que as autoridades com prerrogativa de foro em razão da função não gozam do benefício quando se trata de ação civil pública por improbidade administrativa, inclusive porque o STF, no julgamento da ADIn 2.797, declarou a inconstitucionalidade do art. 84, § 2º, do CPP, com redação dada pela Lei 10.628/2002.

4. O controle *interna corporis* do Tribunal, através do Corregedor-Geral, não exclui a legitimidade do Ministério Público para instaurar inquérito civil e, posteriormente, ajuizar ação por ato de improbidade praticado, em tese, por magistrado.

5. Violação dos arts. 8º, § 1º da Lei 7.347/85, 25, IV, "a" e "b", da Lei 8.625/93 e 22 da Lei 8.429/92.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

(REsp 783823 / GO - RECURSO ESPECIAL - 2005/0158326-3 – Relator: Ministra: Eliana Calmon – Data Julgamento: 13.05.2008 – Data Publicação/Fonte: DJe 26/05/2008)

6 Conclusão

As autoridades com prerrogativa de foro em razão da função não gozam do benefício quando se trata de ação civil pública por improbidade administrativa.

As prefeituras privadas e a inconstitucionalidade do fechamento de ruas e de praças

Autoria Coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Procuradores de Justiça: Antônio Joaquim Fernandes Neto, Antônio Sérgio Rocha de Paula, César Antônio Cossi, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Antônio Sérgio Rocha de Paula

I Exposição dos fatos e dos fundamentos

O Município de Belo Horizonte promulgou, em 20.01.2004, a Lei n.º 8.768, que dispõe sobre a “permissão de direito real de uso de área pertencente ao Município, em via com cul-de-sac ou com característica semelhante que faça recomendar seu fechamento”.

A norma citada autoriza o Executivo a outorgar permissão de direito real de uso de área pertencente ao Município e de uso comum, destinada a sistema viário ou praça (art. 1º).

O parágrafo único do referido dispositivo estabelece que tal permissão será concedida exclusivamente para a via “cul-de-sac ou com característica semelhante” que faça recomendar seu fechamento, assim definida no Dicionário Houaiss: “rua sem saída, com uma área maior e geralmente arredondada, para a manobra de veículo”.

A lei em comento tem por finalidade “estimular a participação da comunidade na gestão de negócio público de seu interesse, tal como segurança e limpeza pública, e propicia à municipalidade economia no gasto com sua conservação” (art. 2º).

A permissão é concedida à sociedade civil constituída por proprietários ou moradores, a qual, além de assumir os serviços públicos de manutenção e conservação dos bens, realiza contrapartida de caráter urbano, ambiental ou social – pagamento por meio da realização de obras, definidas pelo Poder Público.

A aludida lei prevê que a área objeto da permissão “ficará desafetada do uso comum” (art. 5º); porém, permite o “acesso a qualquer pessoa, desde que identificada” (art. 6º). A construção de portaria para monitoramento da entrada de pessoas no local é autorizada pelo último artigo citado.

O Município de Belo Horizonte tem concedido “permissão de direito real de uso” de áreas ocupadas por ruas, por praças e por bairros (cf. Decretos n.ºs 11.746 e 11.744, de 24.06.2004, e 12.055, de 25.05.2005), o que tem provocado discussões acaloradas na sociedade.

As associações e os moradores beneficiados têm sustentado que a Lei Municipal n.º 8.768/2004 autorizou a instituição de loteamentos ou condomínios fechados, através da concessão de direito real de uso de bens públicos (art. 3º do Decreto-Lei n.º 271/67 c/c a Lei n.º 4.591/64). Esses loteamentos têm como característica principal, segundo vários precedentes jurisprudenciais, o acesso exclusivo dos moradores e das pessoas por eles autorizadas.

O Município de Belo Horizonte tem afirmado que não há uso privativo dos bens públicos, mas, sim, uso controlado com a finalidade de proporcionar maior segurança aos moradores e aos transeuntes. Assim, de acordo com o citado ente público, a permissão de direito real de uso, na forma como vem sendo concedida, não viola o direito de ir e vir dos demais munícipes, que poderão fazer uso do bem de uso comum, devendo para tanto apenas se identificar.

Esse “uso controlado” de bens de uso comum do povo – erroneamente denominado “permissão de direito real de uso” – em nada se assemelha ao instituto da concessão de direito real de uso, previsto na lei federal (art. 7º do Decreto-Lei n.º 271, de 28.02.1967), na qual se instaura um direito real, que possui como característica sua imediata adesão à coisa e o chamado direito de seqüela. A exclusividade sobre o bem

confere ao titular a prerrogativa de vê-lo respeitado por todos, os quais ficam impedidos de opor-lhe qualquer embaraço.

O § 2º do referido art. 7º do Decreto-Lei n.º 271/67 dispõe que, desde a inscrição da concessão, o particular fruirá plenamente do terreno e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas. Mais à frente, o § 4º do citado dispositivo prevê que, salvo disposição contratual em contrário, a concessão transfere-se por ato *inter vivos* ou por disposição legítima ou testamentária.

Na hipótese, embora o art. 1º da Lei n.º 8.768, de 20.01.2004, tenha autorizado a permissão de direito real de uso de área municipal *cul-de-sac*, de uso comum, destinada a sistema viário ou praça, o que pressupõe a exclusividade do uso do bem pelo permissionário, a parte final do art. 6º da citada norma permite o acesso de qualquer pessoa ao local, desde que identificada.

Não estamos, portanto, diante do aludido instituto previsto na norma federal. Não houve concessão ou permissão de direito real.

O novo instituto previsto na lei municipal em tela também não se assemelha à permissão de uso – que tem natureza pessoal –, segundo a qual por ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, concede-se ao particular o uso privativo de bem público.

Na hipótese, como já dito, não há que se falar em uso exclusivo do bem pelo particular, o que afasta o argumento das associações e dos moradores de que a lei municipal teria autorizado a instituição de condomínio ou loteamento fechado.

Ora, de acordo com precedentes jurisprudenciais – TJMG: AC n.º 436.855-6, j. 16.06.04; AC n.º 369.812-0; AC n.º 195.051-6; AC n.º 280.421-7, j. 22.02.2000; AI n.º 429.359-8, j. 04.03.2004; AI n.º 429.359-8 –, a característica principal do condomínio fechado está no fato de que só têm acesso a ele os proprietários ou quem por estes for admitido.

Há, ainda, os seguintes requisitos para a instituição desses loteamentos: a) lei municipal autorizando expressamente a instituição do condomínio fechado e regulando as relações com o Poder Público; b) aprovação do loteamento fechado pelos órgãos competentes com os documentos elencados no art. 18 da Lei n.º 6.766/79 e registro no

Cartório Imobiliário; c) existência de regulamento do uso das vias e dos espaços livres, à semelhança da convenção de condomínio prevista no art. 9º da Lei n.º 4.591/64.

Não há que se falar, portanto, em loteamento ou condomínio fechado.

Não existe dúvida, portanto, de que a Lei n.º 8.768, de 20.01.2004, apresenta incoerências que desafiam o intérprete. Além de adotar terminologia inadequada, a referida norma confundiu institutos de Direito Administrativo. Criou nova forma de uso de bem público de uso comum do povo – o “uso controlado”.

Ora, o uso dos bens públicos pertence a todos os cidadãos indistintamente, sem que se necessite de permissão especial. O desfrute do bem por parte de um não pode excluir ou limitar a possibilidade de gozo por parte dos demais.

Ruy Cirne Lima, citado por Eros Roberto Grau¹⁶⁶, adverte:

É característico do uso comum que nenhum utente possa excluir outro, dada a paridade de situação entre todos.

E, como integrantes do domínio municipal, poderão os bens de uso comum ser objeto de permissão de uso aos proprietários de determinados lotes? A limitação imposta ao direito à circulação – exigência de prévia identificação – seria legítima?

A resposta é negativa para as duas indagações.

A respeito do tema da utilização das vias públicas, Eros Roberto Grau¹⁶⁷, citando José Afonso da Silva, adverte:

Uma das funções urbanísticas do Poder Público é a de criar condições à circulação, sendo o sistema viário “o meio pelo qual se realiza o **direito à circulação**, que é a manifestação mais característica do **direito de locomoção, direito de ir e vir e também de ficar** (estacionar, parar), assegurado da Constituição Federal”.

Este **direito de circular** “consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público”, do que resulta constituir, a utilização da via pública, não “uma mera

¹⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *Bens de uso comum*. RDP n.º 76/50

¹⁶⁷ Parecer e revista citados, p. 51

possibilidade, mas um poder legal executável **erga omnes**". Em conseqüência – prossegue José Afonso da Silva, citando Pedro Escribano Collado – “a Administração não poderá impedir, nem geral nem singularmente, o trânsito de pessoas de maneira estável, a menos que desafete a via, já que, de outro modo, se produziria uma transformação da afetação por meio de uma simples atividade de polícia”.

Como a desafetação das ruas não se verifica, uma vez que todos poderão ter acesso à área, a limitação imposta ao direito à circulação viola o direito constitucional de liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF).

É bem verdade que a Administração pode impor limitações ao uso dos bens públicos, exigindo, por exemplo, remuneração, como ocorre no pedágio e na cobrança por estacionamento de veículos (art. 103 do novo Código Civil), mas nesses casos a restrição tem finalidade pública, qual seja, a conservação das vias e o aumento da oferta de vagas.

Na hipótese, ao contrário, a limitação do uso das ruas atende ao interesse privado, beneficiando tão somente os moradores locais, os quais, com a instalação da portaria, instituíram verdadeiro condomínio fechado em área que nunca teve essa destinação.

As associações – responsáveis pela manutenção e conservação dos bens concedidos – transformam-se em verdadeiras prefeituras privadas, o que é inadmissível.

O argumento de que a população teria sido beneficiada com essa política de segurança pública, *data venia*, não convence.

Não se exige prévia identificação para o acesso às demais áreas de lazer da Cidade.

A Lei Orgânica Municipal, além de identificar os jardins, as praças, os quarteirões fechados como espaços privilegiados para o lazer (art. 174), proíbe expressamente a descaracterização dessas áreas (art. 40).

Não há dúvida de que são os moradores do local os únicos beneficiários do ato. O interesse privado prevaleceu sobre o público.

A simples construção da portaria e a instalação das cancelas já são suficientes para afastar a população do local, porquanto, ainda que não fosse essa a intenção do ente público, para os usuários dessas ruas, a imagem que fica é a de que, a partir dessas obras, as áreas teriam se transformado em condomínios fechados.

A inconstitucionalidade salta aos olhos.

A Lei Municipal n.º 8.768/2004, além de invadir competência legislativa concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, I, da CF), criou nova forma de utilização de bem público de uso comum do povo – o “uso controlado” –, e tal inovação afronta o princípio constitucional da supremacia do interesse público, objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, da CF).

A competência para legislar sobre direito urbanístico é da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I, da CF). Cabe ao Município legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF), bem como “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII, da CF).

Na hipótese, a lei citada dispõe sobre a desafetação de bens de uso comum do povo (ruas e praças) e cria nova forma de uso desses bens por particulares, o que também contraria os seguintes dispositivos da lei federal, que dispõem sobre os loteamentos:

A inscrição torna inalienáveis por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e planta. (art. 3º do Dec-Lei n.º 58/1937)

Desde a data da inscrição do loteamento passam a integrar o domínio público do município as vias e praças e áreas destinadas a edifícios públicos e outros. (art. 4º do Dec-Lei 271/67)

Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo. (art. 22 da Lei n.º 6.766/79)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem reiteradamente declarado a inconstitucionalidade de leis municipais semelhantes. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 55.920.0/6, Rel. Des. Fonseca Tavares, Órgão Especial, j. 10.05.2000, além da fundamentação a respeito da violação da Constituição Estadual (art. 180, VII), o acórdão fez as seguintes considerações sobre a inconstitucionalidade à luz da Carta Federal:

[...]

A competência para legislar sobre direito urbanístico é da União e dos Estados, restando aos Municípios competência meramente complementar para dispor sobre loteamentos.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 38.384-0-SP, Órgão Especial, Rel. Dante Busana, j . 29.04.98, v.u., e na de a 18.103-0-SP, j . 22.06.94, relatada pelo Des. Rebouças de Carvalho, cuja ementa a seguir se transcreve:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal - Ocorrência - Desafetamento de área de lazer de loteamento - Proibição em áreas públicas - Executivo que não dispõe de discricionariedade para decidir sobre desafetamento - Artigo 180, VII da Constituição Estadual - Município com competência legislativa apenas complementar - Inconstitucionalidade declarada.

[...]

Autonomia não é sinônimo de independência.

Os Executivos municipais estão submetidos ao conjunto de regras emanado de instâncias superiores, especialmente aquelas que destinam setores daqueles empreendimentos ao sistema de circulação, implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, proporcionais à densidade de ocupação prevista para a gleba (verbis).

Respeitando ditos parâmetros, o Administrador das comunas atenderá o espírito público, com vistas ao desenvolvimento das cidades e garantia do bem estar de seus habitantes, inspirado pela uniforme ocupação do espaço.

Em sentido contrário, ao querer transferir a prestação de serviços necessários em bairros mais distantes a associações de moradores, e permitir seja realizado, por estas, um controle do acesso às áreas de uso comum, em usurpação à atribuição exclusiva dos estados federados (Segurança Pública), lança ele à perplexidade o administrado, que por vias transversas se vê limitado no direito de ir e vir.

Ainda que tal se revele uma solução prática, tem ela nítido caráter de favorecimento do interesse de poucos em detrimento da coletividade.

Tal como postas, as normas combatidas subverteram a hierarquia constitucional dos temas tratados, vislumbrando-se o vício na invasão pela edilidade de atribuição pertinente a círculo legislativo imediatamente superior. (grifo nosso)

Evidente a violação do princípio constitucional da supremacia do interesse público, também conhecido como princípio da finalidade pública, definido por Alexandre de Moraes da forma seguinte:¹⁶⁸

¹⁶⁸ Ob. cit. p. 797.

Consiste no direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum.

A Constituição Federal prevê no inciso IV, do art. 3º, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *promover o bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Esse vetor objetivo fundamental deverá servir como *vetor de interpretação*, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações.

[...]

Trata-se, pois, de um princípio constitucional explicitado no já citado inciso IV, do art. 3º, e reforçado no *caput* do art. 37, com a redação dada pela EC n.º 19/98, uma vez que a idéia de predominância do interesse público está interligada à eficiência da administração pública.

Nesse sentido, apreciando hipótese semelhante, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.706-4-DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 09.04.2008, declarou a inconstitucionalidade da Lei Distrital n.º 1.713/97, que transferia a administração de quadras residenciais para as prefeituras comunitárias ou associações de moradores.

O art. 4º da aludida lei distrital¹⁶⁹, à semelhança da lei municipal em comento, além de facultar às citadas entidades civis a prestação de alguns serviços públicos – limpeza, jardinagem, coleta seletiva do lixo e segurança dos moradores –, autorizava a instalação de obstáculos nos limites externos das áreas, para dificultarem a entrada e a saída de veículos e desde que não trouxessem prejuízo nem colocassem em risco o livre acesso das pessoas.

O dispositivo referido também foi declarado inconstitucional em substancial voto do Ministro Eros Grau, assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL.

¹⁶⁹ Art. 4º: Poderão ser fixados, nos limites externos das áreas das quadras ou conjuntos, obstáculos que dificultem a entrada e a saída de veículos e que não prejudiquem nem coloquem em risco o livre acesso de pessoas.

FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELECEER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

[...]

4. O artigo 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. (grifo nosso)

II Conclusão

1. A Lei n.º 8.768/2004, do Município de Belo Horizonte, além de invadir competência legislativa concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, criou nova forma de utilização de bem público de uso comum do povo – o “uso controlado” –, inovação que afronta o princípio constitucional da supremacia do interesse público, objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, da CF).

2. A exigência de identificação para o acesso a ruas e praça viola o direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum.

Da quantificação do dano moral coletivo

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Procuradores de Justiça: Antônio Joaquim Fernandes Neto, Antônio Sérgio Rocha de Paula, César Antônio Cossi, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Shirley Fenzi Bertão

Tese apresentada por: Gisela Potério Santos Saldanha

I Exposição dos fatos e dos fundamentos

Por meio da presente reflexão, pretendemos focar a necessidade de aclarar o conceito do ressarcimento do dano imaterial, bem como de caracterizá-lo e determinar seu *quantum*.

A responsabilidade, na concepção contemporânea, *é resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face do dever ou obrigação*.¹⁷⁰

Tem-se por fundamentos da reparação por danos morais, segundo ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira, que, "...a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direito integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos".¹⁷¹

A teoria da responsabilidade civil, alicerçada sobre a reparabilidade do dano, esteve limitada às pessoas naturais e individualmente consideradas¹⁷². Tal princípio

¹⁷⁰ AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. Forense, 1994, p. 2

¹⁷¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Edição eletrônica CDRom. Rio de Janeiro: Forense, 2000, não paginado.

¹⁷² Para mencionar algumas das previsões primeiras, surge em 1912 o precursor Decreto n.º 2.681 de 1912, que regulava as atividades das estradas de ferro, na década de 40, por meio do Decreto-Lei 7.661/45 houve

emerge do artigo 159 do revogado Código Civil Brasileiro de 1916, que dispunha: **“aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”**.

Entretanto, a Constituição da República de 1988, diferentemente das anteriores, não fez nenhuma distinção entre pessoa física e pessoa jurídica nos incisos V e X do seu art. 5º; desse modo, a proteção aos bens imateriais alcançou o *status* constitucional. Surge daí a tese da aceitação da reparação por danos morais para as pessoas jurídicas, e, em alargamento da sua conceituação, o dano moral passa a ser aceito em caráter difuso, conforme constata a doutrina de André de Carvalho Ramos: "com a aceitação da reparabilidade do dano moral em face de entes diversos das pessoas físicas, verifica-se a possibilidade de sua extensão ao campo dos chamados interesses difusos e coletivos".¹⁷³

Para a caracterização do dano, urge prévia compreensão de que é indispensável que haja ofensa a um bem jurídico.

Daí tem-se que o dano coletivo ocorre pela ofensa a bem jurídico não pertencente a um só indivíduo, mas a um grupo ou à coletividade, e que merece igualmente reparabilidade.

Na doutrina de Carlos Alberto Bittar Filho tem-se que "Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial".¹⁷⁴

Além disso, a Carta Magna, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, elegeu também valores imateriais (lesão aos

a previsão em matéria falimentar, seguida do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), o Código Eleitoral (Lei 4.737/65) e na Lei de Imprensa (Lei 5.250/67).

¹⁷³ RAMOS, André de Carvalho. Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor* nº 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 80-98, jan.-mar. 1998, p. 82.

¹⁷⁴ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor* nº 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44-62, out.-dez. 1994, p. 55.

princípios da Administração Pública) do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente por meio de uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criando sistema de tutela dos interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública.

Hoje, na jurisprudência do STJ, já há enfrentamento da questão, tendo asseverado a Ministra Eliana Calmon no julgamento do Resp 1.057.274-RS:

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO – LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(2ª Turma, julgado em 01.12.2009, publicado em 26.02.2010 – grifo nosso)

Exemplificando tão tormentosa questão, André de Carvalho Ramos afirma: "imagine-se o dano moral gerado por propaganda enganosa ou abusiva. O consumidor em potencial sente-se lesionado e vê aumentar seu sentimento de

desconfiança na proteção legal do consumidor, bem como no seu sentimento de cidadania".

Por certo que essa reparabilidade não se confunde com aquela cabível aos interesses individuais homogêneos, por exemplo quando da condenação pelo Tribunal Paulista das indústrias de cigarro Souza Cruz e Philip Morris a pagarem indenização no valor mínimo de R\$ 1.000,00 para cada ano de cigarro consumido pelos usuários daquelas marcas.

Ora, mesmo afastada a lesão material em questões de interesses difusos e coletivos, isso não necessariamente implica a inoccorrência de dano aos valores imateriais da sociedade. Por outro lado, há hipóteses nas quais se apresentam necessárias as reparações em ambos os casos, ou seja, por ocorrência de dano material e imaterial.

Aliás, a responsabilidade civil em qualquer desses casos nada mais é senão a imposição de obrigação de fazer de reparar o dano causado à sociedade a quem ofendeu um bem jurídico a ela pertencente, seja ele material ou imaterial.

Além disso, em se tratando de dano imaterial, resta evidente a ausência de paradigma para a fixação do valor da indenização. Poder-se-ia falar em aplicabilidade das máximas de experiência pelo órgão julgador no caso concreto, a fim de ser fixada a proteção legal cabível, ou seja, definir o *quantum* indenizatório.

Como bem asseverou a Ministra Eliana Calmon no acórdão supracitado, o dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo.

2 Conclusão

A quantificação do dano moral coletivo deverá por certo mensurar a justa reposição da ofensa ao bem jurídico difuso ou coletivo de modo a garantir a reparabilidade integral.

Protesto por novo júri e direito intertemporal

Regina Belgo

Procuradora de Justiça

O protesto por novo júri era recurso exclusivo da defesa, dirigido ao Presidente do Tribunal do Júri, e prescindia de razões. Havia dois requisitos “especiais”, quais sejam, que a pena imposta por um único crime fosse igual ou superior a vinte anos e que o recurso fosse interposto pela primeira vez. Bastava estarem presentes esses pressupostos, além, é claro, da tempestividade, para que o réu fosse submetido a novo julgamento.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008, que revogou os dispositivos do CPP que tratavam desse instituto processual (arts. 607 e 608), e com a exposição midiática do “caso Isabella Nardoni”, surgiu a seguinte controvérsia: se o protesto por novo júri se aplica ou não aos fatos ocorridos antes da lei revogadora. Tem-se, aí, a questão de direito intertemporal, cabendo indagar se a norma modificadora é de caráter meramente processual, aplicável imediatamente, ou se trata de norma de cunho misto (penal e processual penal), aplicando-se aos fatos ocorridos até a sua entrada em vigor, em 9 de agosto de 2008.

Entendem alguns que o protesto por novo júri está visceralmente ligado à plenitude de defesa, princípio constitucional inserto no art. 5º, XXXVIII. E, se deve ser plena a defesa no julgamento pelo Tribunal do Júri, uma vez condenado o réu e fazendo ele jus ao protesto, a exclusão deste do ordenamento jurídico arranha aquele princípio? Afirmam que as disposições sobre o protesto são processuais materiais, e, sendo benéficas para o réu, sua revogação não lhes tira a ultra-atividade, pelo que continuam sendo aplicáveis nos crimes da competência do Júri que, ocorridos antes da vigência da nova lei, ainda estão em julgamento.

Ousamos discordar.

Sem minimizar a importância do debate, a verdade é que o protesto por novo júri sempre foi um recurso. É certo que era um recurso *sui generis*, porque não se revestia de todas as características dos recursos em geral, não se podendo falar, por exemplo, em duplo grau de jurisdição; não havia um juízo *ad quem*. Buscava-se, com o protesto por novo júri, a invalidade do julgamento para que um segundo fosse realizado,

também pelo Tribunal do Júri. Não obstante essa peculiaridade, a legislação sempre o tratou como recurso, inserindo-o no Capítulo IV, do Título II – Dos recursos em geral – arts. 574 a 667, e como recurso sempre foi tratado pela doutrina.

Ora, sendo um recurso, o protesto por novo júri tem natureza exclusivamente processual, devendo, por isso ser regido pelas normas processuais, especialmente pelo princípio da aplicação imediata, consagrado no art. 2º do Código de Processo Penal (“A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”). Portanto, sem efeito retroativo, porque, se tivesse esse efeito, a retroatividade anularia os atos anteriores.

O direito ao recurso só surge para a parte no momento em que esta se torna sucumbente, isto é, no momento da decisão.

Nestor Távora e Rosmar Antonni, percorrendo a linha histórica do protesto por novo júri, afirmam que “é plausível entender que sua permanência no processo penal brasileiro era de fato uma excrescência. Mais remotamente, o protesto por novo júri teve sua origem ligada às penas de morte e de prisão perpétua. Toda vez que era aplicada a “pena capital”, abria-se espaço para o manejo do protesto por novo júri, como uma forma de clemência, para que o acusado tivesse possibilidade de ser julgado novamente. Com o desaparecimento dessas penas – ressalvada a pena de morte para crimes militares em período de guerra declarada -, o protesto por novo júri perdeu a legitimidade de sua tradição.” (*Curso de Direito Processual Penal* – Editora PODIVM – 3ª ed., p. 786).

É certo que há uma tendência em permitir-se a retroatividade da lei processual penal quando ela regula direitos estabelecidos na Constituição Federal. Mas não é esse o caso em questão.

Ao abolir o protesto por novo júri, a nova lei apenas e tão somente extinguiu um dos recursos previstos na legislação brasileira. Não malferiu garantias constitucionais porque outros recursos existem para fazer valer a plenitude da defesa, notadamente o recurso de apelação.

Cumprir lembrar que a Carta Magna, no inciso XXXVIII do artigo 5º (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), reconhece a instituição do júri, determinando que sejam assegurados, “com a organização que lhe der a lei”:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos e
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Essas, sim, cláusulas pétreas, que nem mesmo por emenda constitucional podem ser modificadas.

Conclusões:

1ª) O protesto por novo júri era um “recurso”, regido pelo Código de Processo Penal, portanto, de natureza meramente processual.

2ª) Tendo entrado em vigor uma nova lei, no caso a nº 11.689/2008, ela passa a reger todos os processos em andamento, ainda que os fatos de que eles tratam sejam anteriores a sua edição – do que, no caso, resulta que não há mais espaço para o protesto por novo júri.

3ª) O protesto por novo júri era apenas um dos recursos à disposição da defesa; portanto, a sua exclusão do ordenamento jurídico não malferiu o princípio constitucional da plenitude de defesa.