



VIII CONGRESSO ESTADUAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

4 A 6 DE JUNHO DE 2008
DIAMANTINA - MG

Teses Aprovadas na Plenária

SUMÁRIO

1 - TRANSAÇÃO PENAL, EXECUÇÃO DA PENA E NECESSIDADE DE NOVA CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO

Calixto Oliveira Souza 3

2 - A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROTEÇÃO DO DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE COMO FORMA DE PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA EM SUA AMPLA DIMENSÃO

Fabricio J. F. Pinto – Fabrício M. Ferragini – Pablo G. Cristóforo 14

3 - O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA – ALTERNATIVAS PARA A EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Júlio César Teixeira Crivellari 33

4 - A AÇÃO PENAL PÚBLICA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NOS VINTE ANOS DE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Laís Maria Costa Silveira 41

5 - A POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO E RENÚNCIA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA NOS CASOS DE CRIMES PRATICADOS MEDIANTE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Laís Maria Costa Silveira 47

6 - A RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CUSTOS LEGIS NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO.

Leonardo Barreto Moreira Alves 51

7 - RESPONSABILIDADE MUNICIPAL PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE OXIGENOTERAPIA DOMICILIAR E SEUS CONTORNOS

Luciano Moreira de Oliveira 62

8 - DESATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES QUANTITATIVAS DO CONSUMIDOR: COBRANÇA DA CHAMADA CONSUMAÇÃO MÍNIMA

Paulo Calmon Nogueira da Gama 69

9 - REFORMA DO CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER AO TRIBUNAL A INCLUSÃO DO PROCESSO EM PAUTA DO TRIBUNAL DO JÚRI, EM CASO DE ATRASO NÃO JUSTIFICADO POR EXCESSO DE SERVIÇO, DE ACORDO COM A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROJETO DE LEI N. 4.203/01

Rodrigo Iennaco 72

APROVADA POR UNANIMIDADE

Transação penal, execução da pena e necessidade de nova causa interruptiva da prescrição

Calixto Oliveira Souza
Promotor de Justiça

SUMÁRIO: Introdução - 1 Partes envolvidas na transação penal - 2 As opções do autor do fato - 3 A rejeição à efetividade da transação penal - 3.1 Descumprimento após o acolhimento - 3.2 Descumprimento após o adiamento da decisão sobre o acolhimento - 3.3 A decisão do juiz é proferida através de sentença - 3.4 O princípio do devido processo legal 3.4.1 A transação penal oferece mais garantias que o devido processo legal - 3.5 O desprestígio voluntário da Justiça - 4 O artigo 76 da lei 9.099/95: aplique-se ou revogue-se - 5 Observações sobre a conversão em pena de prisão - 6 A questão da prescrição - Conclusões

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise da eficácia do artigo 76 da Lei 9.099/95, em harmonia com as determinações contidas na Constituição Federal, nos Códigos Penal e de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, ousando incluir um estudo sobre a necessidade e a possibilidade de ser acrescentada ao referido dispositivo legal uma nova causa de interrupção da prescrição. O estudo prende-se ao tema do VIII Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, “O Ministério Público e os 20 anos da Constituição da República”, ao abordar importante questão envolvendo a execução da pena após a transação penal, intimamente ligada às atribuições constitucionais do Ministério Público.

1 - Partes envolvidas na transação penal

A transação penal, instituto criado no Brasil pela Lei 9.099/95, somente pode ser proposta pelo Ministério Público, através de seu órgão de execução (artigo 76, *caput*).

A aceitação cabe ao autor do fato, indivíduo maior (a Lei não se aplica a menores) e obviamente capaz, por ser necessária sua concordância além da de seu defensor (artigo 76, § 3º).

Os envolvidos, destarte, não são desprovidos de discernimento. A parte mais frágil nesse aspecto certamente é o próprio autor do fato, na quase totalidade dos casos leigo em Direito, mas

a presença do defensor é exigida exatamente para informar, sanar suas dúvidas e oferecer-lhe segurança quanto à decisão a ser tomada.

2 - As opções do autor do fato

O autor do fato, ao receber a proposta de transação penal, somente a aceitar caso, ouvido o defensor, conclua que esta constitui a melhor opção diante das demais: submeter-se ao processo até final julgamento (artigos 77 e seguintes da Lei 9.099/95) ou à suspensão deste pelo prazo mínimo de dois anos (art. 89).

A escolha do autor do fato é pessoal e subjetiva. Ninguém, incluindo o próprio agente, pode ter certeza da condenação ou da absolvição. Trata-se, portanto, de uma estratégia que a Lei lhe dá, sempre ressaltando-se que se está diante de infrações de menor potencial ofensivo. As conseqüências da escolha não são tão graves quanto seriam se a decisão fosse possível para crimes sujeitos a penas de prisão elevadas. Pretendendo o agente submeter-se a procedimento análogo ao previsto para crimes graves, basta fazer a opção pelo início e continuidade do processo, o que poderá levar à instrução e ao julgamento. Frise-se ainda que o indigitado autor do fato, ao aceitar a pena, tem conhecimento de sua exata extensão, não estando sujeito a surpresas.

3 - A rejeição à efetividade da transação penal

Embora tenha havido progressos, nota-se que há ainda uma sensível rejeição à transação penal como forma de encerramento do processo e ao natural início da fase de execução penal, preferindo parte dos aplicadores da Lei o emprego de solução híbrida, em flagrante desrespeito aos ditames legais, o que resulta em injusto benefício ao autor do fato.

O já alterado Enunciado 14 do Fórum Permanente dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, aprovado em maio de 2001 em Belo Horizonte, defendia que a falta de homologação da transação penal, não obstante a existência de proposta feita pelo Ministério Público e a aceitação do autor do fato, possibilitava a propositura da ação penal em caso de descumprimento da pena acordada. A redação era a seguinte:

Enunciado 14 - É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao cumprimento do avençado.

Propunha-se, com o Enunciado 14, que os Juízes, a pedido do Ministério Público e do autor do fato, mantivessem a transação penal sem decisão sobre sua aceitação, podendo o Magistrado deixar para fazê-lo após o cumprimento ou não da proposta aceita. Não havendo o cumprimento, deixava o Juiz de acolher a proposta, o que permitiria o oferecimento de denúncia.

A orientação foi substituída no XIII Encontro - Campo Grande-MS, ocorrido em 11 de junho de 2003, pelo Enunciado 57, assim redigido:

Enunciado 57 – A transação penal será homologada de imediato e poderá conter cláusula de que, não cumprida, o procedimento penal prosseguirá.

Naquela ocasião os Juízes perceberam que a decisão não poderia permanecer sobrestada; porém, não promoveram alteração na equivocada estratégia de permitir a posterior apresentação de denúncia em caso de descumprimento da pena.

Nova alteração se deu no XIX Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais no Brasil, realizado em Aracaju-SE, de 31 de maio a 02 de junho de 2006, passando a ser adotado a partir de então o Enunciado 79, mantido no XXII Encontro, que teve lugar em Manaus-AM, de 24 a 26 de outubro de 2007. A redação passou a ser a seguinte:

Enunciado 79 - É incabível o oferecimento de denúncia após sentença homologatória de transação penal em que não haja cláusula resolutiva expressa, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao prévio cumprimento do avençado. O descumprimento, no caso de não homologação, poderá ensejar o prosseguimento do feito.

Voltou-se a permitir a suspensão da decisão. Segundo o enunciado, pode o Juiz deixar para acolher a transação penal somente após o cumprimento da obrigação pelo autor do fato, possibilitando o início de ação penal em caso de descumprimento.

Pretendem os Coordenadores de Juizados Especiais, dessa forma, permitir a opção, no momento da transação penal, entre o cabimento de execução imediata e a necessidade de oferecimento de denúncia caso a pena não seja cumprida, mesmo tendo havido aceitação pelo autor da infração.

3.1 - Descumprimento após o acolhimento

Já houve posicionamentos até mesmo no sentido de que deveria o Promotor de Justiça oferecer denúncia se o autor do fato, *homologada* a transação penal (melhor seria *acolhida*), não cumpria a pena acordada.

O entendimento era isolado, pois a imensa maioria sempre considerou que, acolhida a transação penal, cabe apenas, em caso de descumprimento, a execução da pena.

As dificuldades surgiram quando uma corrente passou a duvidar da eficácia da decisão que acolhe a transação penal e a questionar a legalidade da conversão da pena restritiva de direitos injustificadamente descumprida em pena de prisão, e decidiu inovar, criando a homologação posterior, possibilitando, com a estratégia, o oferecimento de denúncia e o início da ação penal, pois não havia decisão coercitiva proferida, não obstante acreditasse o autor do fato que havia uma pena a cumprir.

Diante desse quadro, há que se analisar o adiamento da decisão, que vem sendo saudado como sábia alternativa à rejeitada eficácia da transação penal.

3.2 - Descumprimento após o adiamento da decisão sobre o acolhimento

De acordo com os mais básicos princípios processuais penais, deverá o Juiz, se decidir não acolher, fazê-lo de forma explícita, expondo seus motivos. Mostram-se injustas as soluções apresentadas nos mencionados Enunciados do Fórum Permanente dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, ao não proporcionarem segurança jurídica às partes.

A seguir o que preconiza a espinha dorsal dos mencionados enunciados, poderá o autor do fato mudar de idéia e não cumprir o que acordou, aguardando a denúncia; e o Promotor de Justiça, por alguma falha no cumprimento da pena pelo autor do fato, poderá apresentar uma petição afirmando que, como não houve acolhimento, pretende a aplicação de punição diversa, isso se não oferecer denúncia. Possíveis ainda os casos em que a pena, cumprida apenas parcialmente, não tem o restante executado, sendo oferecida denúncia; nessa hipótese, poderá ter sido cumprida uma parte de uma pena diferente da que será imposta. Pode ocorrer também que, tendo cumprido parte da pena, o autor do fato seja denunciado e absolvido ao final. E não se pode olvidar que a disposição do autor de aceitar a transação penal poderá, após o descumprimento, influenciar o espírito do Julgador.

Conclui-se, portanto, que o Juiz deve decidir se acata ou não a proposta feita pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato, sem cláusulas resolutivas, seguindo o processo o seu rumo, com o trânsito em julgado da decisão ou oferecimento de recurso.

A estratégia de deixar de homologar, embora encampando o acordo, além de trazer insegurança, não encontra precedente no mundo jurídico. O autor do fato deve estar ciente de que a proposta teve ou não a concordância do Poder Judiciário, cujo representante preside a audiência. Ocorrendo o acolhimento da transação pelo Juiz, o agente passa a ter o compromisso de cumprir determinada pena, com todas as conseqüências que podem advir da decisão por ele livremente tomada. Ademais, não há diferença, além da primariedade, entre uma pena acordada e uma pena imposta, pois ambas podem ser executadas, por terem sustentação legal. Merece ser extirpado da prática forense, destarte, o arranjo segundo o qual o infrator aceita a transação penal sabendo que poderá legalmente descumprir a pena.

Ressalte-se que não tendo havido homologação das vontades não há que se falar em acordo a ser cumprido. Não se pode cobrar do autor do fato o cumprimento de obrigação sem valor jurídico, sem consequência, como conversão em prisão ou execução da dívida, no caso de multa. Agride, enfim, a comunidade jurídica a afirmação de que alguém sai de uma audiência com uma pena definida por ele e pelo Promotor de Justiça para a infração cometida, aparentemente aceita pelo Juiz, que não está necessariamente obrigado a cumprir, cabendo a ele a opção entre fazê-lo ou, mantendo-se inerte, aguardar o início da ação penal.

A mencionada estratégia de homologar um acordo somente após o seu cumprimento se configura um instituto novo, fruto exclusivamente da incredulidade na Lei.

Vejamos a clareza da jurisprudência em sentido contrário a esse novel instituto, em decisão do TASP:

É inadmissível exigir-se do autor da infração o cumprimento da sanção, aplicada nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, antes do trânsito em julgado da decisão homologatória, pois admitir, ou mesmo imaginar o contrário, equivaleria ao absurdo de se propor a satisfação da pena antes mesmo de sua imposição (Apelação nº 1.169.021/5, 7ª Câmara do TACrim/SP, Rel. Souza Nery. j. 09.12.1999)

Acrescente-se que a Lei 9.099/95, em seu artigo 76, em nenhum momento determina que o Juiz “homologará” a proposta do Ministério Público. Vê-se, somente, no parágrafo 4º, que “acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa...” Ou seja, não há que se falar em “homologação”, mas em “acolhimento da proposta do Ministério Público aceita pelo autor”, o que deverá ser objeto de decisão logo após a aceitação da proposta ministerial pelo autor do fato.

Evidencie-se que a decisão impõe uma *sanção*, nos dizeres do § 6º do art. 76 da Lei 9.0099/95, que surge com o acolhimento da proposta aceita pelo autor do fato.

3.3 - A decisão do juiz é proferida através de sentença

A decisão do Juiz é dada através de sentença, da qual cabe apelação (art. 76, § 5º). O Magistrado, diante da proposta aceita, deverá decidir se a acolhe ou não, sujeitando sua decisão ao recurso de apelação. Acolhendo a proposta, o Juiz “aplicará a pena restritiva de direitos ou multa” (art. 76, § 4º). Transitada em julgado, estar-se-á diante de uma sentença a ser cumprida, com pena aplicada. O autor do fato e o Promotor de Justiça, ao apresentarem ao Juiz a proposta aceita, conferem ao magistrado o poder de aplicar a pena acordada, desistindo ambos do direito de buscarem outra decisão, como a aplicação de pena mais severa, mais branda ou mesmo a absolvição, cabendo ao Juiz unicamente o poder de alterar a pena transacionada para reduzi-la até

a metade na hipótese de ser a pena de multa a única aplicável (art. 76, § 1º) ou de não acolher a proposta (art. 76, § 4º).

3.4 - O princípio do devido processo legal

O artigo 76 da Lei 9.099/95, quando veio a lume, foi saudado como um dos maiores progressos daquela época, ao trazer para o mundo jurídico brasileiro um instituto análogo ao que há muito é amplamente aplicado nos Estados Unidos da América com sucesso (*plea guilty, plea bargaining*), além de Inglaterra, Holanda e outros países. Aplicável no Brasil, porém, somente às infrações de menor potencial ofensivo, a pena, aqui, em nenhuma hipótese fica a critério do Juiz após a aceitação do autor do fato de a ela submeter-se. A garantia dada pela legislação brasileira àquele que renuncia ao direito de defesa não permite que a ele seja reservada nenhuma surpresa, à exceção da possível redução da pena de multa (art. 76, § 1º).

Não se trata de imposição; ao contrário, a transação penal consiste em benefício, a ser concedido apenas aos dele merecedores; a pena a ser cumprida é restritiva de direitos ou multa, é previamente conhecida pelo autor do fato e não há anotação de antecedentes criminais (artigo 76, *caput* e § 6º).

3.4.1 - A transação penal oferece mais garantias que o devido processo legal

A garantia dada ao autor do fato através da transação penal é superior àquela concedida pelo devido processo legal. Os intérpretes mais conservadores do Direito podem considerar a afirmativa uma heresia, mas é necessário que se faça uma análise do tema sem paixões e sem apego a dogmas. No devido processo legal, não obstante sua aura de instrumento garantidor de segurança, não está afastada a possibilidade de falhas. As limitações do processo penal são amplamente conhecidas. Ninguém em sã consciência nega a existência de condenações e absolvições equivocadas por erro da Justiça ou deficiência da acusação ou da defesa. A transação penal, ao contrário, dá ao agente a certeza do limite da pena, que jamais será superior ao *quantum* definido entre ele, seu Defensor e o Ministério Público. Ademais, o que é muito importante, a pena acordada é sempre restritiva de direitos ou multa; o autor do fato não se sujeita diretamente a uma pena de prisão, que somente poderá ser-lhe imposta em caso de descumprimento injustificado da pena convencionada, nos termos do Código Penal e da Lei de Execução Penal.

Fala-se em possível pressão exercida sobre o autor do fato pelo Promotor de Justiça no momento da transação penal, o que a tornaria dotada de menos garantias que o devido processo legal. A pressão, ao contrário, é feita pelos próprios fatos, dos quais o agente é conhecedor, narrados no TCO. Ninguém é levado a aceitar espontaneamente uma sanção penal estando ciente da própria inocência; se o faz, o que não se descarta, a opção faz parte de uma estratégia da defesa, sabedora de que a Justiça é limitada e que as informações contidas no TCO, somadas ao que virá

durante a instrução processual, podem conduzir a uma condenação a pena mais grave. A defesa, nesse difícil momento, pode considerar que o devido processo legal oferece garantia menor, orientando a escolha pela certeza em lugar da dúvida.

Há de ser considerada ainda a possibilidade de conservação da primariedade, de extrema importância para indivíduos que cometem uma infração penal isolada e jamais pretendem voltar a delinquir.

Por essas e outras razões exige a Lei a presença do defensor durante todo o procedimento; cabe a esse profissional, no exercício de suas elevadas atribuições, expor ao apontado autor do fato as escolhas de que este dispõe.

Deve ficar claro que não se está aqui defendendo julgamentos de exceção ou a aplicação de pena de prisão sem oportunidade de defesa. A prisão, após a transação penal, é imposta somente ao indivíduo que aceita livremente a pena restritiva de direitos, abdicando do processo, por parecer-lhe a melhor alternativa, e não a cumpre. Ocorre que, definida a pena, passa-se inexoravelmente a sua aplicação, nos termos da Lei de Execução Penal e do Código Penal, o que inclui a possibilidade de conversão em prisão, sob pena de inocuidade da sanção.

Cite-se, a respeito, por lealdade, a opinião contrária de Guilherme de Souza Nucci, que também discorda do adiamento da decisão sobre a homologação da transação penal, considerando-o equivocado e abusivo, mas alinha-se com os que rejeitam a efetividade do artigo 76 da Lei 9.099/95, resignando-se ao descumprimento da pena restritiva de direitos acordada e não vislumbrando alternativa à submissão da Justiça à desobediência do agente. O processualista entende que a conversão em prisão “seria uma punição severa aplicada sem o devido processo legal”. E se rende, aceitando o inexorável sepultamento do artigo 76: “nada há a fazer. Resta aguardar a prescrição da penalidade imposta e não cumprida” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Revista dos Tribunais, 2006, págs. 76 e 77). A solução, ousa-se aqui lembrar, está na observação das determinações contidas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, que têm previsão legal para os casos de descumprimento das penas previstas em toda a legislação penal, quando necessária sua aplicação subsidiária.

O afastamento da efetividade da decisão que acolhe a pena aceita pelo autor do fato, lamentavelmente, joga por terra a maior novidade trazida pela Lei 9.099/95, transformando a transação penal em mero registro de manifestação de vontade e concedendo ao agente uma espécie de poder discricionário, ao permitir-lhe cumprir a pena somente se quiser, no exercício do direito unilateral de alterar o acordo solenemente celebrado, mantendo rigorosamente sujeitos a este somente o Poder Judiciário e o Ministério Público.

3.5 - O desprestígio voluntário da Justiça

Os próprios Juizados Especiais, as Turmas Recursais e os Tribunais, com a aplicação da decisão híbrida, tímida e contrária aos claros ditames legais, que despreza a novidade trazida pela

Lei 9.099/95, vêm sistematicamente trazendo um amargo desprestígio para a Justiça, causado pelo descumprimento da pena constante na ata da audiência assinada pelo Juiz, pelo Promotor de Justiça, pelo autor do fato e por seu defensor.

A estratégia que vem sendo adotada e se pacificando fere de morte o artigo 76 da Lei 9.099/95 e deixa frustrada grande parte das autoridades do Ministério Público e do Poder Judiciário, ao serem estas impedidas de dar início ao cumprimento da pena após o descumprimento não justificado da pena restritiva de direitos, através da conversão em prisão, em razão de não ter sido a decisão plenamente proferida, mas exarada com cunho provisório, deixando a critério do autor do fato os rumos a seguir logo após o ato. A situação criada chega a ser pueril, ao forçar os responsáveis pela aplicação da Lei a iniciar todo um procedimento para buscar uma decisão após a primeira ter sido considerada inócua por ter sido elaborada em desacordo com a Lei.

4 - O artigo 76 da lei 9.099/95: aplique-se ou revogue-se

O artigo 76 da Lei 9.099/95 há de ser aplicado ou não; a estratégia de simular a obrigatoriedade de cumprimento de uma pena transacionada, que o autor do fato na verdade não está obrigado a cumprir, por não haver qualquer sanção para a desobediência, deve ser eliminada do universo jurídico. O dispositivo legal, nos moldes em que foi concebido, deve ser integralmente aplicado ou, caso considerado inconstitucional, ignorado pelos aplicadores da Lei, que, nesse caso, deverão suprimir a transação penal, passando imediatamente após a chegada do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) para a fase seguinte, ou seja, apresentação ou não de denúncia. Se a transação penal não tem respaldo legal, que se dê um basta, então, à odiosa simulação de sanção que vem sendo utilizada.

A respeito da constitucionalidade, Maurício Antônio Ribeiro Lopes há muito já se manifestava, comparando os sistemas brasileiro e alemão:

“O procedimento nacional traz um debate prévio e informal entre o Ministério Público e a defesa (técnica e pessoal). Pode o Promotor de Justiça entrevistar-se com a vítima para dela colher impressões sobre a infração e o comportamento do agente. Ouve o infrator, a ele propõe e dele e de sua defesa ouve a aceitação da proposta de aplicação de pena que não pode ser a privativa de liberdade. Depois disso, ainda sujeita-se à homologação judicial da transação realizada. Parece-me que se trata de um sistema bastante garantidor e sob controle jurisdicional. Não vislumbro nesse aspecto nenhuma espécie de inconstitucionalidade” (Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, RT, 1995, págs. 346 e 347).

Frise-se que o anteprojeto da lei 9.099/95, editada em atendimento ao artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, foi amplamente debatido por juristas de renome, o que dá maior segurança ao seu aplicador no momento da execução.

Não se pode deixar de ressaltar que há uma corrente que segue o sedutor argumento segundo o qual é benéfico o extralegal adiamento por ser este responsável pela eliminação de um elevado número de feitos, com o cumprimento da pena pelo autor do fato. Esse número, porém, só tende a crescer diante da efetiva possibilidade de conversão em prisão. E os casos restantes, em número menor, não passarão a depender de ação penal, mas meramente do prosseguimento ou início da execução penal.

5 - Observações sobre a conversão em pena de prisão

Vele lembrar que ao contrário do que podem afirmar alguns apaixonados defensores da solução híbrida, a conversão da pena acordada em prisão não é feita de forma aleatória, mas de acordo com o Código Penal e a Lei de Execução Penal, estando sujeita a recurso, obviamente.

A execução da pena restritiva de direitos, conforme o artigo 147 da Lei 7.210/84, tem início após o trânsito em julgado da sentença que a aplica. Dando sustentação, o artigo 181 da LEP determina que “a pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal (atual art. 44, § 4º)”. E o mesmo art. 181, em seus §§ 1º a 3º, enumera as hipóteses de conversão das penas de prestação de serviços à comunidade, de limitação de fim de semana e de interdição temporária de direitos.

A conversão em pena de prisão pode ser determinada nos casos de impossibilidade de intimação ou desatendimento ao edital, falta de comparecimento *injustificado* ao local onde deveria ser prestado serviço, recusa *injustificada* à prestação de serviço imposto, prática de falta grave, condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, não suspensa, falta de atendimento às obrigações contidas na pena de limitação de fim de semana ou exercício de direito interditado, também *injustificadamente*. O direito de defesa, como se vê, é sagrado, não estando prevista qualquer hipótese de conversão sem oportunidade de justificativa. A prisão, *in casu*, não é a regra; é a exceção, aplicável apenas aos que recusam insistentemente todas as oportunidades de verem-se livres dela.

Para se obter de forma justa o tempo de prisão, basta fazer de forma inversa o cálculo aplicável às conversões concedidas em decisões de mérito, conforme os artigos 46 a 48 do Código Penal, lembrando que a pena de multa, caso tenha sido a única aplicada, não poderá ser transformada em prisão por força do art. 51 do CP.

A pena obtida após a conversão, seguindo-se as regras legais, como se vê, jamais consistirá uma surpresa para o autor do fato, que poderá e deverá ser previamente orientado por

seu Defensor quanto às consequências do descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos.

6 - A questão da prescrição

A decisão que acolhe a proposta ministerial aceita pelo autor do fato encerra uma fase processual. O possível autor do delito abdica do direito de se defender em troca de uma pena por ele aceita e da possibilidade de conservação de seu prontuário criminal livre de antecedentes, diante da inexistência de condenação, e o Juiz, acolhendo a proposta, aplica a pena restritiva de direitos ou multa. Há, portanto, uma sanção aplicada a ser cumprida. O parágrafo 5º, que disciplina o eventual recurso a ser interposto, classifica a decisão de sentença. Não há mais que se falar em cognição nem em sentença de mérito. A decisão que aplica a pena, destarte, é análoga àquela que decide o processo após a instrução e julgamento. Acolhida a proposta e imposta a sanção, resta somente a execução, nada mais. Passa-se, em seguida, a outra fase, em que não cabe discutir o mérito nem a pena aplicada. Trata-se da execução da pena.

O início da execução, de acordo com o artigo 117, inciso V, do Código Penal, interrompe o curso da prescrição. Necessário, porém, o acréscimo de outro instituto em complemento ao citado artigo 117, para que a decisão que aplica a pena aceita pelo autor da infração não venha a se tornar inócua pela prescrição após eventual procrastinação do início da execução, o que já vem se tornando comum atualmente, com o crescimento da demanda dos Juizados Especiais Criminais. A prescrição, segundo o Código Penal, se inicia na forma do artigo 111 do CP, com a autoria do fato. O mesmo Código, porém, incluindo as infrações da competência do Juizado Especial Criminal, prevê, no artigo 117, a interrupção da prescrição pelo recebimento da denúncia ou queixa (inciso I), inexistente em caso de transação penal; pela sentença condenatória recorrível (inciso IV), também inexistente; e pelo início ou continuação do cumprimento da pena (inciso V). Não há previsão de interrupção da prescrição pela decisão que acolhe a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração e aplica a pena restritiva de direitos ou multa (art. 76, § 4º, da Lei 9.099/95).

Assim, se o autor do fato se furta ao cumprimento da pena por longo período, utilizando-se da inegável morosidade da Justiça e de conhecidos artifícios para a obtenção de tal adiamento, não será difícil a ocorrência da prescrição, tendo em vista que com o aumento da demanda nos Juizados são necessários em várias comarcas longos meses até que aconteça a transação penal e outro extenso período até o conhecimento do descumprimento da pena, que se somarão a prolongadas intimações com a finalidade de se iniciar efetivamente a execução da pena restritiva de direitos. Tratando-se de fato em que a prescrição se dá com dois anos, às vezes com redução para um ano, chega-se facilmente à prescrição antes do início do cumprimento da pena, o que já é uma realidade.

A sugestão, para evitar a impunidade, é o acréscimo do § 7º ao artigo 76 da Lei 9.099/95, por iniciativa do Ministério Público, através do Procurador-Geral da República, autorizado pelo artigo 61, *caput*, da Constituição Federal, com a seguinte redação: *a sentença que acolhe a proposta prevista no parágrafo 4º interrompe o curso da prescrição.*

Conclusões

1 – A Lei 9.099/95 não impede a conversão em prisão das penas restritivas de direitos aplicadas após o acolhimento pelo juiz da proposta ministerial aceita pelo autor do fato nem exige que seja descartada a pena aplicada após a transação penal e iniciada uma ação penal pela denúncia com a finalidade de se obter uma pena exequível, o que jogaria por terra o artigo 76 da Lei do Juizado Especial Criminal, que não ofende o princípio do devido processo legal;

2 – A decisão judicial sobre a proposta do Ministério Público aceita pelo autor do fato deverá explicitar se acolhe ou não a transação penal apresentada, sem cláusula resolutiva, aplicando, na primeira hipótese, a pena restritiva de direitos ou multa, sujeitando-se a eventual recurso de apelação;

3 – Considerando que a decisão que acolhe a proposta ministerial aceita pelo autor do fato encerra uma fase processual, sujeitando-se a recurso de apelação e substituindo a fase cognitiva e a sentença de mérito, passando-se à execução da pena, o que a torna análoga à decisão de mérito, deverá ser remetida moção ao Procurador-Geral da República para análise da possibilidade de iniciativa de lei (art. 61, *caput*, da Constituição Federal) para que seja acrescentado o § 7º ao artigo 76 da Lei 9.099/95, com a seguinte redação: *a sentença que acolhe a proposta prevista no parágrafo 4º interrompe o curso da prescrição.*

APROVADA POR MAIORIA DOS VOTOS

A Legitimidade do Ministério Público para proteção do direito individual à saúde como forma de proteção do direito à vida em sua ampla dimensão

Fabricio J. F. Pinto

Fabício M. Ferragini

Pablo G. Cristóforo

I- Introdução

O direito humano fundamental à vida em sua ampla dimensão significa o direito a um nível de vida adequado com a condição humana, o que implica a garantia não apenas de subsistência, mas também de uma vida com qualidade e que preserve a dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, na decisão proferida em 2 de Julho de 1996, cita outro aresto do mesmo Tribunal, de 26 de Abril de 1995, na qual afirma que “ não pode entender-se o direito à vida sem uma componente essencial que é do direito à qualidade de vida”¹.

Para a proteção efetiva do direito à vida em sua ampla dimensão, que denominaremos de direito a uma vida digna, devemos partir da premissa da concepção contemporânea de proteção dos direitos humanos.

Tal concepção fundamenta-se na indivisibilidade e unidade dos direitos fundamentais, sejam eles direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais. Tanto na primeira “categoria” quanto na segunda, há obrigações de abstenção (*non facere*) e ação (*facere*) por parte do Estado. Analisando como exemplo o direito à vida, encontramos três posições do Estado em relação ao cidadão: (a) o Estado está obrigado a não praticar ações que possam colocar em risco a vida da pessoa – o cidadão tem o direito de não ser morto pelo Estado. Nessa hipótese, temos uma obrigação de abstenção do Estado; (b) obrigação do Estado de proteger a vida do cidadão contra-ataques de terceiros. Nesse particular, o Estado tem a obrigação de agir positivamente, seja na elaboração de atos normativos, seja na prestação de atos fáticos, ou, segundo Gomes Canotilho, o cidadão tem o direito a uma ação positivo-normativa ou fática do Estado; (c) o Estado possui a obrigação de intervir (agir) para implementar e concretizar as políticas públicas necessárias à promoção de condições de subsistência mínimas e, por conseguinte, proteger a vida^{2 3}. Em síntese, a defesa do direito à vida pressupõe

¹ Acórdão publicado na Revista da Ordem dos Advogados, nº 56, Agosto de 1996. Lisboa: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados, p. 667-682.

² Cf. J. J. Gomes Canotilho. Tomemos en serio los derechos económicos, sociales e culturales. Revista Del Centro de Estudios Constitucionales. Num 1. Septiembre-diciembre 1988, p. 239-260.

³ Robert Alexy cita duas decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão [BverGE 1,97 (105) e BverfGE 46, 160 (164)], nas quais o pretório interpreta que o artigo 2º, parágrafo 1 da Lei Fundamental, estatui tanto “negativamente um direito à vida, que exclui especialmente o assassinato organizado estatalmente, como positivamente o direito a que

necessariamente a dos direitos sociais vitais, como o direito à saúde ou à subsistência, ou até mesmo ao meio-ambiente.

A concepção analisada tem por fundamento a nova ordem internacional estabelecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem e consolidada na Declaração de Viena, bem como a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da unidade do sistema dos direitos fundamentais.

Com relação à ordem internacional, urge salientar que, em 1966, foram elaborados dois Pactos Internacionais: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais incorporaram os direitos constantes da Declaração Universal.

Não obstante a elaboração de dois Pactos, sobretudo em virtude das pressões dos países ocidentais, mantém-se o entendimento acerca da indivisibilidade e da unidade dos direitos humanos, sempre sob o fundamento de que somente é possível materializar os “direitos tidos como civis e políticos se houver direitos tidos como econômicos, sociais e culturais minimamente respeitados”⁴. Em outra perspectiva: sem direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos só poderiam existir no plano nominal e, por sua vez, sem direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais não poderiam ser garantidos por muito tempo.

Urge esclarecer que a indivisibilidade está ligada à proteção da dignidade da pessoa humana, porquanto somente há vida digna se todos os direitos forem respeitados pelos Estados, sejam eles civis e políticos, ou econômicos, sociais e culturais. Interdependência que consiste na eficácia dos direitos humanos, eis que a realização plena dos direitos civis e políticos depende dos direitos econômicos, sociais e culturais e vice-versa.

Os direitos humanos são, pois, universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, sendo que a proteção de uma categoria de direitos não exime os Estados de salvaguardar a outra. A denegação dos direitos sociais, como no caso da pobreza extrema e a falta de serviços básicos de saúde, afeta o próprio direito à vida e a dignidade da pessoa humana, demonstrando que, se não houver a garantia, a proteção e a concretização de níveis mínimos dos direitos sociais, os clássicos direitos de liberdade estariam destituídos de qualquer força material e reduzir-se-iam a meras categorias formais de direito.

Como falar em direito de liberdade, sem o direito à educação ou à moradia? Como proteger o direito à vida sem saúde? Para responder essas questões impõe-se uma visão integrada de todos os direitos humanos, seja no plano nacional, seja no internacional.

Nesse sentido, Hesse sustenta que os direitos fundamentais são um sistema de valores, cuja “medula” radica na personalidade humana e na dignidade da pessoa. Afirma, ainda, que tal sistema de valores deve reger todas as esferas de direito, orientando a legislação, a administração e a atividade jurisdicional. Segundo o jurista Alemão, esta concepção ampla dos

o Estado intervenha protegendo e promovendo a vida, o que sobretudo significa proteção frente às intervenções arbitrárias de terceiros (Teoría de los Derechos Fundamentales. 2ª reimpressão. Madri. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 188).

⁴ Cf. Jayme Benvenuto Lima Jr. Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional/ coordenação de Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 658. O autor inicia a análise de sua tese com a seguinte frase: “A pobreza é tão degradante quanto a tortura” (p. 652). Tal frase, atribuída ao representante da Indonésia presente na 56ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos da ONU, ilustra a necessidade de proteção dos direitos humanos de forma inter-relacionada, porquanto, se houver uma proteção especial dos direitos civis e políticos sem a mesma preocupação e efetividade com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, somente conseguiremos, quicá um dia, extirpar a tortura dos Estados, mas a fome continuará a matar um contingente imenso de pessoas.

direitos fundamentais decorre de uma noção material que compreende a dimensão jurídico-objetiva ínsita nos mesmos e que os concebe como princípios supremos do ordenamento jurídico⁵.

Partindo dessas premissas, que concebem os direitos fundamentais como norma objetiva suprema do ordenamento jurídico e, por conseguinte, vinculantes dos poderes legislativo, executivo e judicial, Hesse prescreve que surge uma obrigação negativa do Estado, consistente em abster-se de ingerências no âmbito de proteção dos direitos, como também uma obrigação positiva de levar a cabo tudo aquilo que sirva à realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não conste uma pretensão subjetiva dos cidadãos.⁶

Considerando, assim, a natureza das obrigações que geram os direitos fundamentais, consistentes em obrigações negativas e positivas, não há diferenças substanciais entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, mas apenas de grau⁷, uma vez que, tanto estes, quanto aqueles, implicam prestações negativas e positivas⁸. A diferença de grau reside no fato de que, nos direitos, liberdade e garantias, há uma exigência mais acentuada de ações negativas por parte do Estado e, nos direitos económicos, sociais e culturais, prevalecem as exigências de ações positivas por parte da esfera pública. Não é difícil descobrir, no entanto, com relação aos direitos sociais, a existência concomitante de obrigações de *facere e non facere*. Por exemplo, o direito à saúde implica obrigação estatal de fazer, consistente em implementar os serviços básicos de atendimento à saúde e, por outro lado, o dever do Estado de abstenção de qualquer ato que viole o aludido direito fundamental⁹; o direito à educação gera uma obrigação de agir, consistente na construção de estabelecimentos de ensino e fornecimento de transporte aos alunos carentes, bem como a obrigação de não deteriorar a educação¹⁰.

⁵ Cf. Konrad Hesse. Significado de los derechos fundamentales (Capítulo III). Manual de Derecho Constitucional. Obra colectiva: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A, 2001. p. 92-93.

⁶ Konrad Hesse, op., cit., p. 94. É importante fazer uma ressalva na concepção de Hesse que, apesar de reconhecer o dever do Estado a prestações positivas e negativas, não tem por fundamento um direito subjetivo do cidadão. Esta concepção enquadra-se na estrutura denominada por Alexy de “obrigação *prima facie* objetiva vinculante” (op. cit., p. 484). Ao revés, a nossa posição é a de que os direitos sociais, além de fundamentais, são garantidos por normas vinculantes e são direitos subjetivos *prima facie*.

⁷ Cf. Victor Abramovich e Christian Courtis. Los derechos sociales como derecho exigibles. Madri: Editorial Trotta, 2002. p. 25. Com relação à estrutura dos direitos civis e políticos os autores argentinos concluem que a mesma pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas por parte do Estado: “obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções, com o objetivo de garantir o gozo da autonomia individual e impedir a sua afetação por outros particulares...” (Los derechos sociales como derechos exigibles. Madri: Editorial Trotta, 2002, p. 24).

⁸ Cf. Luigi Ferrajoli. Prefácio da obra Los derechos sociales como derechos exigibles. Madri: Editorial Trotta, 2002, p. 10. O jurista italiano cita como exemplo os direitos sociais à saúde, à proteção do meio ambiente ou à educação, os quais impõem ao Estado proibições de lesão aos bens que constituem o seu objeto. Menciona também os clássicos direitos civis e políticos, incluindo desde a liberdade de expressão ao voto, que requerem, por parte da esfera pública, não somente proibições de interferência ou de impedimentos, senão também obrigações de prover as numerosas e complexas condições institucionais de seu exercício e de sua tutela (op. cit., p. 10).

⁹ O acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, nº 39/84, publicado no Diário da República, 1ª série, nº 104, de 5 de maio de 1984, traz em seu bojo o entendimento de que os direitos sociais, no caso específico do direito à saúde, comportam duas vertentes: “(a) uma, que se pode designar por ‘vertente negativa’, consiste em dar ao seu titular (os cidadãos em geral) o direito de exigir que ninguém (desde logo e em particular o Estado) actue ou tome qualquer medida lesiva da saúde do cidadão ou dos cidadãos em geral; (b) outra, a que se poderá chamar ‘vertente positiva’, consiste em conferir ao cidadão direito a exigir do Estado a actividade e as prestações necessárias para salvaguardar a saúde e atar as doenças”. Corroborando a nossa tese acerca da unidade dos direitos fundamentais, o conselheiro do Tribunal Constitucional, Sr. Dr. Professor Vital Moreira, prescreve que “(...) na sua vertente ‘negativa’, o direito à saúde compartilha das características dos tradicionais direitos de liberdade, ou seja, dos direitos ‘negativos’, dos direitos à não-interferência ou intervenção do Estado; na sua vertente ‘positiva’, pelo contrário, o direito à saúde configura-se como um direito a acções do Estado, a medidas legislativas, à criação e funcionamento de instituições, a certas prestações (incluindo de carácter financeiro)”. O acórdão foi compendiado por Jorge Miranda. Em Jurisprudência Constitucional Escolhida. Volume I. 1ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996, p. 907 e 908.

¹⁰ Robert Alexy cita o exemplo do direito fundamental ambiental como um “direito que está constituído por um feixe de posições de tipos muito diferentes”, podendo-se incluir neste feixe “um direito a que o Estado omita determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito frente a intervenções terceiros que danifiquem o ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado permita participar ao

Assim, os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais caracterizam-se como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado, sendo que, nos primeiros, as obrigações negativas apresentam uma importância maior para identificá-los, e, nos segundos, as obrigações positivas “revestem uma importância simbólica maior” para classificá-los¹¹. Logo, se tomarmos por base a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direito a prestação, é possível enquadrar tanto os direitos, liberdades e garantias, como os direitos económicos, sociais e culturais, nas duas categorias, justamente em virtude de ambos gerarem obrigações negativas (*non facere*) e positivas (*facere*) por parte do destinatário da norma constitucional (Estado ou particular).

No sentido da íntima relação entre as liberdades públicas e os direitos sociais, Antonio E. Perez Luño refuta os argumentos daqueles que sustentam a antítese das duas “categorias” de direitos fundamentais nas diferenças entre o fundamento, titularidade e tutela dos direitos de liberdade e dos direitos sociais.

Quanto ao primeiro argumento, prescreve Perez Luño que os direitos sociais, enquanto especificações da igualdade e solidariedade, possuem um fundamento solidamente vinculado aos valores jusnaturalistas, da mesma maneira que os direitos de liberdade. Os direitos à saúde, ao trabalho e à cultura como direitos que visam a proteção da existência humana conforme a sua dignidade, não são menos “naturais” que o direito ao sufrágio. Perez Luño conclui dizendo que pouco serve proclamar liberdades sem meios para desfrutá-las¹².

Com relação às considerações da titularidade dos direitos sociais, afasta o argumento de que estes seriam direitos tipicamente de grupos e os direitos de liberdade, individuais. Assevera Perez Luño que são titulares, tanto de direitos sociais como de direitos de liberdade, os indivíduos ou os grupos em que estes se integram. Não obstante existir a possibilidade da proteção dos respectivos grupos sociais, o fim imediato da tutela dos direitos sociais é o interesse individual, ou seja, a tutela sempre visa beneficiar os membros singulares que integram os grupos¹³.

Por fim, Perez Luño combate o argumento de que a antinomia entre as duas “categorias” de direitos fundamentais resida na circunstância de que os direitos sociais não podem ser objeto imediato de tutela, em virtude do seu caráter de norma programática. Prescreve Perez Luño que os “direitos sociais positivados na Constituição são sempre normas jurídicas imediatamente aplicáveis”. Reprova e classifica como “fictícia” a tese que sustenta que a tutela imediata dos direitos de liberdade teria por fundamento o seu conteúdo de abstenção ou não ingerência dos poderes públicos. Fundamenta o seu repúdio na assertiva de que as liberdades puras, que dependeriam para o seu desfrute da abstenção do Estado, “acham-se irremediavelmente superadas pela evolução económica e social do nosso tempo”. Hoje, segundo Perez Luño, há necessidade de uma intervenção estatal para garantir o desfrute das liberdades por todos os cidadãos e não só pelos indivíduos que possuem meios materiais para servir-se dela. Para a tutela da liberdade real é necessária a ação positiva do Estado “para remover os obstáculos de ordem económica, social e cultural, que impedem a plena expansão da personalidade humana”¹⁴.

Assim, no Estado Social e Democrático de Direito (ou pós-social ou pós-providência), como modelo de organização política, não há lugar para a ruptura entre liberdades individuais e direitos sociais, “porque em seu seio os direitos sociais são direitos de liberdade”¹⁵.

Depreende-se, ainda, da lição de Perez Luño que há uma integração profunda e simultânea entre os direitos de liberdade e os direitos sociais porque estes concretizam os direitos

titular do direito em procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito ao procedimento) e um direito a que o próprio Estado realize medidas fáticas tendentes a melhorar o ambiente (direito a uma prestação fática)” (Teoría..., op. cit, p. 429).

¹¹ Cf. Victor Abramovich e Christian Courtis, op. cit., p. 25.

¹² Antonio E. Perez Luño. Los Derechos Fundamentales. 7ª ed. Madri: Editorial Tecnos, 1998, p. 206-208

¹³ A E. Perez Luño. Los Derechos Fundamentales. op.cit., p. 208-211.

¹⁴ Idem, p. 211-214.

¹⁵ Ibidem, p. 215.

de liberdade por intermédio de uma atuação do Estado, que, por sua vez, garante a igualdade no desfrute desse direito. Em suma, a integração decorre da constatação de que não há liberdade sem igualdade e vice-versa.

Nesse diapasão, não há como estabelecer uma dicotomia entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais (direitos a prestação em sentido estrito) com espeque no critério de relevância econômica do objeto da prestação. Em outras palavras, não há como sustentar a tese da existência de um dualismo absoluto entre as duas “categorias” de direitos fundamentais, mediante a fundamentação de que, para a concretização dos direitos sociais haveria a necessidade de implementação de prestações por parte do Estado, e estas gerariam custos ao erário; ao passo que dos direitos, liberdades e garantias decorreriam apenas obrigações negativas ou de abstenção e as mesmas não representariam qualquer encargo econômico e financeiro aos poderes públicos. Para refutar essa tese, há doutrinadores (aos quais nós nos filiamos) que defendem que todos os direitos fundamentais, até mesmo os direitos tradicionalmente definidos como negativos, acarretam encargos econômicos e financeiros ao erário¹⁶, sendo, neste sentido, também positivos.

Outra razão que sustenta a concepção unitária de direitos fundamentais consiste na regulação normativa concreta de alguns direitos clássicos de liberdade, que gerariam obrigações negativas por parte do Estado, com um viés social. Exemplo tradicional é o direito de propriedade que, no Estado Social e Democrático de Direito, perde o seu caráter absoluto e deve cumprir sua função social. Há uma reinterpretação dos direitos de liberdade à luz da sua função social e dos valores que emergem das normas e dos princípios constitucionais positivados, sobretudo do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Nesse sentido, Peter Habermas afirma que a função social dos direitos fundamentais é um elemento essencial do Direito. Significa, segundo o autor alemão, o abandono de uma concepção liberal e individualista dos direitos fundamentais. À vista dessa concepção, prossegue o doutrinador, existe uma vinculação entre o conceito de liberdade e o conceito de função social, isto é, a liberdade constitucional deve possuir um caráter social, de modo que não permaneça apenas uma liberdade formal senão que uma liberdade material. Em conclusão, Peter Habermas assevera que a função social de alguns direitos fundamentais tem sido revista, sobretudo com referência ao direito de propriedade¹⁷.

Com efeito, a concepção por nós defendida acerca da inexistência de diferenças substanciais entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais conduz a uma nova interpretação das constituições que estabelecem regimes jurídico-constitucionais diversos para os direitos fundamentais, sobretudo no que tange à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais¹⁸. Essa dicotomia de regimes, segundo esse entendimento, viola os preceitos de direito Internacional, sobretudo a Declaração dos Direitos do Homem e a unidade do sistema de direitos fundamentais, que encontra na dignidade da pessoa humana o seu princípio estrutural.

Luigi Ferrajoli, ao utilizar a expressão de Ronald Dworkin, preceitua que não há democracia, igualdade, garantias, direitos humanos e universalidade de direitos se não tomarmos a sério a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais. Afirma o professor italiano que não é possível

¹⁶ Ingo Wolfgang Sarlet cita a tese de Stephen Holmes e Cass Sunstein, em cujo teor sustentam que está superada a distinção tradicional entre direitos negativos e positivos, pois os clássicos direitos de defesa também geram ações positivas por parte do Estado, com encargos econômicos e financeiros substanciais ao poder público. Os autores citam como exemplo a necessidade de um sistema eficiente de segurança pública e de administração judiciária. Por fim, Ingo Sarlet, apesar de defender a tese da existência de uma espécie de dualismo relativo dos direitos de defesa e à prestação, caracterizado por diferenças de objeto e de função, reconhece a indivisibilidade dos direitos fundamentais e afirma que não há qualquer antagonismo ou exclusão na relação entre os direitos de cunho negativo e positivo (A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 214).

¹⁷ La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional. Peru: Pontificia Universidad Católica Del Peru – Fondo Editorial, 1997, p. 60 a 63.

¹⁸ Vide os artigos 17º e 18º, da Constituição da República Portuguesa.

hoje falar, com decência, de democracia, igualdade, garantias, direitos humanos e universalidade de direitos “se seguimos dissociando direitos do homem e direitos do cidadão, preocupando-se somente destes e não daqueles”¹⁹.

A interpretação dos direitos fundamentais de forma una, indivisível e inter-relacionada, sem a clássica antinomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, tem por objetivos garantir a eficácia dos direitos sociais e preencher a omissão da constituição, que não elaborou um sistema expresso de garantias desses direitos equiparável ao sistema de garantias dos direitos de liberdade. Em última análise, visa tornar verdadeira a democracia e “pôr fim a esse grande *apartheid* que exclui de seu desfrute as quatro quintas partes do gênero humano”²⁰.

Portanto, os direitos fundamentais são unos, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, eis que os direitos, liberdades e garantias não se restringem a ações negativas do Estado e os direitos econômicos, sociais e culturais não se limitam a uma dimensão prestacional.

Essa concepção derruba por terra a tese liberal clássica do Estado mínimo, segundo a qual os poderes públicos se apresentam somente como garantidores da ordem pública e da defesa exterior. O Estado Social e Democrático de Direito (ou pós-social ou pós-providência) impõe que os poderes públicos cumpram as suas obrigações de não fazer e de fazer, com vistas a concretizar, implementar e dar eficácia aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos econômicos, sociais e culturais. A realização plena daqueles direitos depende da efetividade destes e vice-versa. Justamente em razão da vinculação ao Estado Social e Democrático de Direito, como garante da igualdade e liberdade real (justiça material), é que os direitos sociais devem ser entendidos como direitos fundamentais, cuja implementação é necessária para a diminuição das desigualdades sociais.

Além disso, a concepção contemporânea de unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos humanos provocou uma nova interpretação do direito à vida, movendo-o de um enfoque tradicional, que o entendia apenas como direito civil e político, para um enfoque mais amplo, que o coloca como direito civil e político e direito econômico, social e cultural. Da mesma forma, a concepção contemporânea fundamenta a colocação do direito à saúde como como direito civil e político e econômico, social e cultural.

Com essas mudanças, restou firmada a inter-relação do direito à vida e o direito à saúde, de modo que a garantia do acesso de todas as pessoas a tratamento médico e a fornecimento de medicamentos é fundamental para a proteção do próprio direito à vida digna.

Nesse contexto de unidade dos direitos fundamentais, a legitimidade do Ministério Público é ampliada para a defesa individual do direito à saúde, como forma de proteção do direito a uma vida digna para cada indivíduo que vive em sociedade.

II – Do princípio da dignidade da pessoa humana

A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamou como princípio de Direito Internacional a dignidade da pessoa humana (artigo 1º). É indiscutível que a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos a dignidade da pessoa humana, que era considerada apenas um valor superior pelo direito natural, passou a constituir-se como princípio elementar da humanidade.

¹⁹ Luigi Ferrajoli. *Derechos e Garantías. La ley del más débil*. Madri: Editorial Trotta, 1999, p. 31

²⁰ *idem*, p. 31

Esse princípio elementar fora reiterado pelos diversos documentos internacionais de direitos humanos. Constitui-se, portanto, em norma jurídica obrigatória, que deve ser cumprida pelos Estados independentemente de seu consentimento.

Com efeito, as normas internacionais de Direitos Humanos, a partir da Declaração Universal, positivaram a dignidade da pessoa humana como princípio, transformando-o de um valor ético e moral em norma jurídica com força vinculante e obrigatória. A noção jurídica da dignidade da pessoa humana foi fundamental para densificar os direitos humanos fundamentais, pois estes representam a concretização do princípio supremo de toda a ordem jurídica internacional.

Por seu turno, os direitos humanos fundamentais, como direitos absolutos e inderrogáveis, “íntegram o núcleo duro dos direitos humanos”²¹, por ser a expressão máxima do princípio da dignidade da pessoa humana no plano internacional²².

Juan Ant3nio Carrillo Salcedo sublinhou que a obrigatoriedade e imperatividade das normas internacionais de Direitos Humanos tem por fundamento a “aceitaç3o geral da noç3o jur3dica da dignidade intrínseca de todo ser humano”²³.

Por essa raz3o, a dignidade da pessoa humana foi erigida como o princípio supremo que confere unidade ao sistema dos direitos fundamentais. Princípio que, além de seu conteúdo moral e ético, constitui norma jur3dico-positiva.

Nessa linha de raciocínio, o artigo 1º, inciso III, da Constituiç3o Federal, erigiu como fundamento da Rep3blica Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

Ao incorporar o princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, o legislador constituinte elegeu-o como o valor primário e superior em que se baseia o Estado brasileiro. Com isso, os direitos, liberdades e garantias e os direitos econ3micos, sociais e culturais encontram o seu fundamento²⁴ ou, segundo Jorge Miranda, “a sua fonte ética” na dignidade da pessoa humana²⁵.

Dignidade da pessoa humana que deve ser entendida como um atributo do homem concreto e individual, dotado de raz3o e consci3ncia, como prescreve o artigo 1º da Declaraç3o Universal dos Direitos do Homem. Numa outra perspectiva, podemos considerar que é esta racionalidade que fundamenta a superioridade do ser humano sobre os demais seres que carecem de raz3o, sendo, portanto, chamada de dignidade da pessoa humana²⁶.

Decorre daí as características da dignidade da pessoa humana, que podem ser assim sintetizadas: a) a dignidade refere-se à pessoa concreta e individual; b) universalidade, consistente

²¹ Cf. Juan Ant3nio Carrillo Salcedo. Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo. 2ª ed. Madri: Editorial Tecnos, 2001, p. 148.

²² Nesse sentido, o artigo 1º da Resoluç3o adotada em 13 de Setembro de 1989 pelo Instituto de Direito Internacional, sobre a Proteç3o dos direitos humanos e o princípio da não intervenç3o nos assuntos internos dos Estados, prescreve: “Os direitos humanos s3o a express3o direta da dignidade da pessoa humana. A obrigaç3o dos Estados de assegurar os seu respeito depreende-se do próprio reconhecimento desta dignidade que já proclamaram a Carta das Naç3es Unidas e a Declaraç3o de Direitos Humanos...” (texto extraído da obra de Juan Ant3nio Carrillo. Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo..., op. cit., p. 149).

²³ Soberania de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo..., op. Cit., p. 148.

²⁴ Invocando a liç3o de Rusen Ergeç, Francis Delpérée afirma que o “conceito de dignidade humana repousa na base de todos os direitos fundamentais, civis e políticos ou sociais”. O referido autor relembra que o direito à dignidade humana é a fonte “de outros direitos, e especialmente dos direitos econ3micos, sociais e culturais (O Direito à Dignidade Humana. In Estudos em Homenagem a Manoel Gonç3lves Ferreira Filho/coordenadores S3rgio Rezende de Barros e Fernando Aur3lio Zilveti. S3o Paulo: Dialética, 1999, p. 155).

²⁵ A Constituiç3o e a dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Teologia – Lisboa, volume XXIX, 1999. Lisboa: Universidade Cat3lica Portuguesa, p. 473.

²⁶ Jesus Gonzales Perez. La Dignidad de La Persona. Madri: Editorial Civitas, p.24.

na igualdade do reconhecimento da dignidade para todas as pessoas; c) dignidade da pessoa humana como fundamento para alcançar uma vida com qualidade²⁷.

Dessas características extraímos que o sujeito portador do valor dignidade é o homem e a mulher. Portanto, a dignidade da pessoa humana visa a proteção individual do homem e da mulher concretos, sem olvidar da sua relação com os demais membros da sociedade.

A visão antropocêntrica da dignidade da pessoa humana implica em uma atuação dos poderes públicos voltada à proteção do homem. O Estado deverá agir (*facere*) para implementar, promover e garantir os meios necessários para que todas as pessoas – universalidade – tenham as mesmas oportunidades – igualdade – para alcançar uma vida com qualidade.

É uma vida com qualidade que os direitos fundamentais sociais buscam efetivar, implementar e garantir²⁸. Mas, como uma vida com qualidade funda-se na dignidade da pessoa humana, somente poder-se-á falar em efetiva tutela dos direitos fundamentais sociais quando forem concedidos às pessoas todos os meios materiais e espirituais para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, oferecendo a todos os indivíduos o mínimo necessário para alcançar aquele objetivo (uma vida com qualidade).

A dignidade da pessoa humana, portanto, é um princípio supremo, que teve sua origem no direito natural ou uma origem divina²⁹ como um valor superior, e que fora introduzido no direito positivo por via da Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁰, e tem por finalidade garantir aos seres humanos, dotados de inteligência e liberdade, sem distinção de raça, cor, credo, nível sócio-econômico e outras, um padrão de vida tal que possa ser considerada uma vida com qualidade.

Garantir uma vida com qualidade como corolário da dignidade da pessoa humana é o objetivo dos direitos fundamentais sociais, que encontram nos princípios insertos na Constituição Federal, assim como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os fundamentos para a concretização de seus preceitos e do seu núcleo essencial.

Urge salientar que uma vida com qualidade, como fim da dignidade da pessoa humana, não significa o mero existir ou sobreviver, mas viver com padrões mínimos de alimentação, vestuário, habitação, saúde, educação e segurança. O mero sobreviver com fome, na miséria, sem moradia, sem educação, sem atendimento médico, sem medicamentos, representa a negação do próprio direito à vida e a violação da dignidade da pessoa humana. Pertinente a pergunta de Francis Delpérée: “Para que serve o direito à vida, se esta for desprovida de dignidade?”³¹.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao interpretar o significado do artigo 1º, da Lei Fundamental³², destaca que a dignidade da pessoa humana está inserida nos princípios básicos da Constituição, designando-a como o “valor jurídico supremo da ordem constitucional”³³.

²⁷ No mesmo sentido Jorge Miranda. A Constituição e a dignidade da pessoa humana..., op. cit., p. 476.

²⁸ Nesse sentido, Francis Delpérée aduz que o fim dos direitos econômicos, sociais e culturais é o de permitir que todos levem uma vida de acordo com a dignidade humana (O Direito à Dignidade Humana..., op. cit., p. 158).

²⁹ No sentido da origem divina da dignidade da pessoa humana vide Jesus Gonzales Perez. La Dignidade de La Persona y el Derecho..., op. cit., 27-30.

³⁰ A Declaração proclama em seu preâmbulo a fê da Carta e dos povos das Nações Unidas “na dignidade e no valor da pessoa humana”. No artigo 1º prescreve que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

³¹ O Direito à Dignidade Humana..., op. cit., p. 152.

³² Artigo 1º, parágrafo 1º, nº1: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Todos os poderes do Estado estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”.

³³ Cf. Ingo Von Munch, citando a decisão BVerfGE, 6, 32 e ss e BVerfGE, 45, 187 e ss. La Dignidade del Hombre en el Derecho Constitucional. In Revista Española de Derecho Constitucional, número 5 (Maio-Agosto). Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 11.

A dignidade da pessoa humana é, também no Brasil, o princípio supremo de todo o ordenamento jurídico. A supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana coloca-o em uma posição hierárquica superior³⁴, isto é, ocupa o “primeiro posto” dessa hierarquia normativa³⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana gera, ademais, um direito subjetivo público de todas as pessoas terem acesso às condições necessárias para uma vida com qualidade. Em contrapartida e em virtude do efeito vinculante do princípio fundamental, há uma obrigação correlata dos poderes públicos, os quais têm a obrigação de respeitar, proteger e garantir a dignidade de todas as pessoas. Respeitar a dignidade da pessoa humana significa que o Estado deve omitir-se de todas as condutas que possam violar o princípio fundamental. Por seu turno, proteger significa que os poderes públicos devem impedir, através de comportamentos de fato e de atos normativos, ataques de terceiros à dignidade da pessoa humana. **E, por fim, garantir materializa-se no dever de implementar (dever de agir, fazer) os meios necessários para que todos tenham uma vida com dignidade, removendo os obstáculos que dificultem ou impeçam a sua plena realização³⁶, tais como a fome, a miséria, a falta de educação e de atendimento médico-hospitalar**, etc.

A dignidade da pessoa humana gera, então, obrigações de *non facere* e de *facere* para o Estado, consistentes no dever de omissão de atos atentatórios à dignidade; comportamentos fáticos e jurídicos para impedir a ofensa à dignidade da pessoa humana por terceiros; **e comportamentos positivos para implementar as condições necessárias para a promoção da dignidade da pessoa humana**³⁷.

O Estado, ao omitir-se quando deveria agir e vice-versa (agir quando deveria omitir-se), viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Por ilação, a concretização da dignidade da pessoa humana está intimamente vinculada ao respeito, à proteção e à garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos, liberdades e garantias. Sem o respeito, a proteção e garantia da unidade dos direitos fundamentais, em última análise, estar-se-á violando o princípio supremo do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Conselho Europeu de Luxemburgo afirmou, em 29 de Junho de 1991, que a promoção dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais e civis e políticos é fundamental para a realização da dignidade da pessoa humana³⁸. O Conselho Europeu reiterou a concepção da unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais, ressaltando o seu papel fundamental na efetivação, proteção e garantia da dignidade da pessoa humana.

Decorre justamente do princípio da dignidade da pessoa humana a ampla dimensão do direito à vida.

O direito fundamental à vida deve ser protegido e garantido à luz da dignidade da pessoa humana, de maneira que todos os destinatários das normas constitucionais – Estado e particulares – devem atuar para prover a todos os indivíduos uma vida com qualidade, que valha a pena viver.

³⁴ Francis Delpéré utiliza uma expressão ilustrativa para demonstrar a posição da dignidade humana na Constituição da Bélgica. Diz o autor que a dignidade da pessoa humana “é colocada sobre um pedestal. É o sustentáculo, é o ponto de referência” da Constituição (O Direito à Dignidade Humana..., op. cit., p. 159)

³⁵ Cf. Ingo Von Münch. La dignidade..., op. cit., p. 11.

³⁶ No mesmo sentido, Jesus Gonzalez Perez. La Dignidad de La Persona..., op. cit., p. 63.

³⁷ No mesmo sentido, Jesus Gonzalez Perez. La Dignidad de La Persona..., op. cit., p. 59.

³⁸ Eis o teor do texto: “A promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, como aquela dos direitos civis e políticos, (...) são de uma importância fundamental para a plena realização da dignidade humana e para as aspirações legítimas de todo indivíduo” (texto extraído da obra de Francis Delpéré. Direito à Dignidade Humana..., op. cit., p. 159).

Nessa linha de raciocínio e em virtude da unidade dos direitos fundamentais, a proteção individual do direito à saúde é imprescindível para a tutela do próprio direito à vida digna e com qualidade. A proteção do direito à vida digna está indissociável à proteção integral do direito à saúde, uma vez que, sem a garantia de padrões mínimos de serviços de saúde, o próprio direito à vida digna será ofendido.

Por essa razão, o direito à saúde, previsto no artigo 196, da Constituição Federal, é análogo aos direitos, liberdades e garantias, gozando do respectivo regime reforçado de proteção, mormente a aplicabilidade imediata³⁹, sindicabilidade judicial.

III- Do direito à saúde

O artigo 196, da Constituição Federal, preceitua que:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”

A norma constitucional definidora do direito fundamental social à saúde (artigo 196) é norma preceptiva e exequível por si mesma, justamente em virtude de que o direito à saúde está umbilicalmente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao garantir a eficácia plena do direito fundamental social à saúde, está-se reconhecendo que a Constituição Federal é um ordenamento comprometido com valores, cujo fim supremo de todo o Direito é a proteção da dignidade humana⁴⁰. Por essas razões que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como o valor primário e superior em que se baseia o Brasil.

Ernest Benda aduz que a proteção da dignidade da pessoa humana exige uma obrigação prestacional do Estado, com vistas a prover uma existência humana condigna. Conclui afirmando que, ao contrário de uma anterior interpretação do Tribunal Constitucional Alemão, hoje há uma obrigação do Estado à procura de um mínimo existencial, donde decorre um direito subjetivo público à assistência àqueles que, por causas alheias à sua vontade, estejam em situação de necessidade⁴¹.

A jurisprudência de Portugal 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 esse mínimo de existência condigna. O Tribunal Constitucional de Portugal reconheceu, no acórdão n.º 509/2002, “que o direito ao mínimo de existência condigna se encontra constitucionalmente garantido”⁴². Já, no acórdão n.º 349/91, prescreveu que “a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna (...)” decorre do artigo 63º, da Lei

³⁹ Nesse sentido J. C. Vieira de Andrade. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 388.

⁴⁰ Cf. Ernest Benda. Dignidad humana y derechos de la personalidad (*Capítulo IV*). Manual de Derecho Constitucional. Obra coletiva: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A, 2001. p. 118.

⁴¹ Idem, p. 126.

⁴² Jurisprudência do Tribunal Constitucional. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/jurisprudência/htm>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2003.

Fundamental, e do princípio da dignidade da pessoa humana, “(...) condensado no artigo 1º, da Constituição”⁴³.

O direito à saúde e o correlato dever da Administração Pública de protegê-lo e garanti-lo decorrem diretamente da Constituição, em razão do núcleo dos direitos sociais concretizar a igualdade material e garantir a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do ordenamento jurídico e do Estado.

A própria Constituição fundamenta o dever de garantia e proteção do direito à saúde, como forma de tutelar o direito à vida digna. Tal concepção é consequência do efeito vinculante dos direitos fundamentais. Há, pois, uma obrigação derivada da Constituição de proteção, respeito e garantia do direito fundamental à saúde. Essa vinculação implica uma ampliação do conceito de princípio da legalidade, “que deixa de ser visto como uma mera submissão à lei, para passar a significar a realização do Direito através da lei”⁴⁴. Vale dizer, os destinatários da norma constitucional não estão sujeitos apenas à lei formal, senão também aos princípios gerais de direito.

Paulo Otero preceitua que o Estado não está vinculado apenas à lei formal, mas à idéia do “Direito justo, que lhe é superior, anterior e indisponível”. O autor afirma ainda que “o princípio da legalidade cede perante o princípio da juridicidade”⁴⁵. Este, esclarece Paulo Otero, é formado pela integração dos princípios da constitucionalidade e da legalidade⁴⁶.

Com efeito, é possível extrair do preceito constitucional inserto no artigo 196, do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direito individual à saúde.

A vinculação de todos os indivíduos a uma ordem de valor superior e anterior ao legislador constituinte determina o comportamento ativo do Ministério Público, legitimando a atuação administrativa e judicial do *parquet* na tutela do direito individual à saúde.

Aceita a tese de que o direito fundamental à saúde, como direito a prestação, tem como fim a proteção do direito a vida e a dignidade da pessoa humana, não há como questionar a aplicabilidade imediata da norma prevista no artigo 196 da Constituição Federal, a legitimidade do Ministério Público para a defesa do direito individual à saúde e a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional para a proteção desse direito fundamental, ou a denominada sindicabilidade judicial do direito à saúde.

IV -O Ministério Público como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis

A evolução histórica do Ministério Público no Brasil está ligada ao Direito Português, pois, em 1603, as Ordenações Filipinas traziam em seu bojo títulos a respeito do “procurador dos feitos da Coroa” (XII), do “procurador dos feitos da fazenda” (XIII), do “promotor de justiça da

⁴³ Acórdãos do Tribunal Constitucional. Lisboa: Tribunal Constitucional, 19º volume, 1991 (maio a agosto), p. 507-525

⁴⁴ Cf. Vasco Pereira da Silva. Em busca do acto administrativo perdido. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 85.

⁴⁵ O Poder de Substituição em Direito Administrativo, Vol. II..., op. cit. p. 552-554.

⁴⁶ Idem, p. 567.

Casa da Suplicação” (XV), e do “promotor de justiça da Casa do Porto” (XLIII)⁴⁷. Já em 1609, foi instituído o Procurador da Coroa de Portugal junto ao Tribunal da Relação da Bahia⁴⁸.

No entanto, somente em 1890, por meio do Decreto nº 848, de 11 de outubro, e do Decreto nº 1.030, de 14 de novembro, o Ministério Público foi reconhecido como instituição, durante o período em que Campos Salles esteve à frente do Ministério da Justiça no governo provisório da República. Posteriormente, a Constituição Federal de 1934 institucionalizou o Ministério Público, inserindo-o no Capítulo VI (arts. 95 a 98) e atribuindo-lhe o título de órgão de “cooperação nas atividades governamentais”⁴⁹. Já a Constituição de 1946 organizou a carreira dos membros do Ministério Público e garantiu-lhes a estabilidade e a inamovibilidade relativa. Durante a ditadura militar (emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), o Ministério Público foi inserido no capítulo do Poder Executivo, sendo que o chefe da instituição poderia ser nomeado e demitido livremente pelo Presidente da República⁵⁰.

Apesar das previsões constitucionais, 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.

As transformações mencionadas de forma superficial 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(...)”⁵¹.

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).

Ressai do mandamento constitucional que o Ministério Público possui o dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis⁵². Impende reconhecer que o *parquet* brasileiro 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 são respeitados. Por seu turno, a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos fundamentais⁵³. Enfim,

⁴⁷ Cf. Eduardo Ritt. O Ministério Público como instrumento da democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119.

⁴⁸ Cf. Hugo Nigro Mazzili. Ministério Público. 3ª Ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 23. Pertinente a ressalva feita por Eduardo Ritt acerca de que, no período do Brasil-Colônia e do Brasil-Império, o Ministério Público não existia como instituição, pois não havia qualquer organização do *parquet* e os promotores públicos eram nomeados pelo Executivo, isto é, não eram independentes e nem tampouco gozavam de qualquer garantia (op. cit., p. 121).

⁴⁹ Cf. José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 582.

⁵⁰ O esboço histórico foi extraído da obra de Hugo Nigro Mazzili (O Ministério Público..., op. cit., p. 23 a 26).

⁵¹ 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..., op. cit., p. 25 e 26).

⁵² No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzili (Ministério Público..., op. cit., p. 19).

⁵³ 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

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 fundamentais⁵⁴.

Tais elementos – democracia e direitos fundamentais –, aliados aos princípios, aos valores subjacentes às normas constitucionais e aos objetivos fundamentais previstos 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 Justiça⁵⁵. 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 condigna⁵⁶. 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.

Impende concluir que a concretização do Estado Democrático de Direito e a defesa da ordem jurídica dependem da realização efetiva dos direitos sociais. Em contrapartida, a omissão Administrativa 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

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 su eficacia jurídica. Em Revista General de Derecho. Valência: Revista General de Derecho, janeiro-fevereiro de 1997, p. 167).

⁵⁴ 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).

⁵⁵ 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, econômicos, 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. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, 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).

⁵⁶ 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).

realmente livres (princípio da liberdade material), de participarem efetivamente do Estado, de usufruírem de 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”⁵⁷, 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 Federal). Em última análise, o Ministério Público garante a supremacia formal e material da Constituição⁵⁸, promove a Justiça social, protege e implementa concretamente os direitos fundamentais, sejam eles direitos, liberdades e garantias, ou direitos econômicos, sociais e culturais.

V – A legitimidade do Ministério Público para a proteção do direito individual à saúde como forma de proteção do direito à vida em sua ampla dimensão

Além de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, 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” (artigo 129, inciso II, da Constituição Federal).

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.

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 comportamento ativo 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 o direito individual à saúde, como pressuposto de proteção do direito à vida digna.

A legitimidade do Ministério Público encontra espeque, também, na unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais.

⁵⁷ Cf. Eduardo Ritt. O Ministério Público como instrumento..., op. cit., p. 158.

⁵⁸ *idem*, p. 155.

Tal ilação exsurge da necessidade da proteção efetiva do direito à vida em sua ampla dimensão, que somente se concretizará com a garantia do direito à saúde. O direito à vida digna, em outras palavras, “depende” da efetividade da proteção do direito à saúde.

Ao analisarmos a concepção da unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais numa perspectiva negativa, concluiremos que a ausência de proteção efetiva do direito à saúde, com o não fornecimento de medicamentos, não realização de tratamentos de alta complexidade e cirurgias, etc., acarretaria, sem dúvida nenhuma, consequências adversas para o exercício dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais, e colocaria em risco o direito à vida digna.

Posto isso, como negar ao Ministério Público a legitimidade para a defesa do direito individual à saúde, quando a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem prescreve a unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos humanos e quando o próprio direito indisponível à vida em sua ampla dimensão depende da eficácia e da efetividade da proteção daquele direito fundamental.

Por essas razões, a violação por omissão do direito individual à saúde autoriza e determina (dever) que o Ministério Público atue⁵⁹, por meio dos instrumentos jurídicos colocados à sua disposição – recomendações e ações civis públicas –, para defender a Constituição como ordem jurídica formal e material suprema. Ao combater a omissão inconstitucional, 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 do direito fundamental à saúde criam vínculos positivos aos Poderes Legislativo e Executivo e estes são omissos, o Ministério Público possui o dever de agir para exigir o cumprimento da Constituição, ainda que a incúria atinja apenas um indivíduo.

A legitimidade do Ministério Público, que, em princípio, refere-se à tutela de interesses metaindividuais, amplia-se, de forma excepcional, para a defesa de direito individual em razão da necessidade premente de proteção do direito à vida digna.

Esclarecendo melhor: se há unidade, indivisibilidade e inter-relação dos direitos fundamentais; se a proteção do direito à vida em sua ampla dimensão – direito à vida digna – necessita da efetividade do direito à saúde; o Ministério Público detém legitimidade para defender um único indivíduo que se vê privado do acesso à saúde, seja diante da negativa de atendimento médico ou do não fornecimento de medicamento, postulando a tutela administrativa ou judicial adequada.

Com essa atuação, o Ministério Público garante, protege e torna efetivo o próprio direito à vida digna.

Nas palavras de Clémerson Merlin Clève, é função do Ministério Público, “como defensor dos interesses da sociedade, tomar as medidas necessárias para a adoção, pelo Estado,

⁵⁹Na 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” (op. cit., 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 legitima 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).

das políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional”⁶⁰.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em aresto da lavra da eminente Desembargadora Maria Elza, publicado em 12 de novembro de 2004, assim se pronunciou sobre a atribuição constitucional do Ministério Público para a defesa dos direitos fundamentais sociais:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO NO FORNECIMENTO DE SERVIÇO DE RELEVÂNCIA PÚBLICA DE TRANSPORTE DE DOENTES. DETERMINAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DE DEVER CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES E À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. “O Ministério Público, como defensor dos interesses da sociedade perante o Estado, possui legitimidade para zelar pelo efetivo cumprimento dos serviços de relevância pública assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II cumulado com art. 197, da CF). Ademais, a sua atuação para assegurar a prestação de serviço de relevância pública encontra amparo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e nos direitos sociais fundamentais à vida e à saúde. Um pedido, que concretiza objetivos, princípios e direitos fundamentais da República e que se harmoniza com o Estado Social e Democrático de Direito, consagrado pela Constituição da República de 1988, não pode ser considerado juridicamente impossível...”

Conclui a eminente desembargadora rendendo encômios à atuação do Ministério Público. Diz a magistrada:

“ (...) Louve-se a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na defesa permanente dos direitos sociais da população carente que, por ser menos favorecida do ponto econômico, social, político e cultural, é constante esquecida pelos donos do poder, sendo apenas lembrada em épocas eleitorais”⁶¹.

Assim, a Constituição Federal e a unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais legitima o Ministério Público a tutelar direito individual à saúde como forma de proteção ao direito à vida digna.

Acrescente-se, por fim, que, diante da omissão do Poder Público em garantir de forma efetiva a concretização do direito à saúde, o Ministério Público pode (deve) atuar na esfera administrativa, por meio de recomendações e requisições, e buscar a tutela judicial por meio das ações civis públicas.

Clémerson Merlin Cléve ressalta que, em razão da ineficácia do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim como em virtude da incerteza da real utilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, há necessidade de buscar-se meios para a satisfação judicial dos direitos fundamentais contra a omissão do Poder Público. Tais meios, segundo o professor, são as ações civis públicas⁶².

⁶⁰ Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 29 de agosto de 2005.

⁶¹ Excertos da decisão proferida nos autos do processo nº 10686.02.040.293-5/001. Disponível na internet: <www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor/>. Acesso em 27 de agosto de 2005

⁶² Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 29 de agosto de 2005.

VI- Conclusões

1. O direito fundamental à vida deve ser interpretado em sua ampla dimensão, como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, o que implica a garantia não apenas de subsistência, mas também de uma vida com qualidade e que preserve a dignidade da pessoa humana;

2. os direitos fundamentais são unos, indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes;

3. considerando a natureza das obrigações que geram os direitos fundamentais, consistentes em obrigações negativas e positivas, não há diferenças substanciais entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, mas apenas de grau, uma vez que, tanto estes, quanto aqueles, implicam prestações negativas e positivas;

4. a dignidade da pessoa humana é um princípio supremo, que teve sua origem no direito natural ou uma origem divina como um valor superior, e que fora introduzido no direito positivo por via da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e tem por finalidade garantir a todos os seres humanos, dotados de inteligência e liberdade, sem distinção de raça, cor, credo, nível sócio-econômico e outras, um padrão de vida tal que possa ser considerada uma vida com qualidade;

5. o direito fundamental à saúde, como direito a prestação, tem como fim a proteção do direito a vida e a dignidade da pessoa humana;

6. por essa razão, o direito à saúde, previsto no artigo 196, da Constituição Federal, é análogo aos direitos, liberdades e garantias, gozando do respectivo regime reforçado de proteção, mormente a aplicabilidade imediata e sindicabilidade judicial;

7. 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;

8. 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, 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 Federal).

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

10.a unidade, indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos fundamentais, a necessidade de efetividade do direito à saúde como forma de proteção do direito à vida em sua ampla dimensão – direito à vida digna –, o dever de promover a justiça social e de concretizar os direitos fundamentais, legitimam o Ministério Público a defender um único indivíduo que se vê privado do acesso à saúde, seja diante da negativa de atendimento médico ou do não fornecimento de medicamentos, postulando a tutela administrativa ou judicial adequada.

11.a defesa do direito individual à saúde por parte do Ministério Público deve ser concomitante à sua atuação na tutela coletiva desse direito fundamental, a fim de garantir a eficácia e a qualidade do Sistema Único de Saúde.

VI- Referências bibliográficas

- ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derecho exigibles. Madri: Editorial Trotta, 2002.
- ALEXYY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. 2ª reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad (*Capítulo IV*). Manual de Derecho Constitucional. Obra coletiva: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A, 2001. p. 118-143.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANOTILHO. J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. Tomemos en serio los derechos económicos, sociales e culturales. Revista Del Centro de Estudios Constitucionales. Num 1. Septiembre-diciembre 1988, p. 239-260.
- DELPÉRÉE, Francis. O Direito à Dignidade Humana. In Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho/coordenadores Sérgio Rezende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti. São Paulo: Dialética, 1999, p. 151-162
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley Del más débil. Madri: Editorial Trotta, 1999.
- _____. Prefácio da obra de ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madri: Editorial Trotta, 2002, p. 9-14.
- GOMES, Luís Roberto. O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão Estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- GONZÁLES, José Luis López. Reflexiones sobre los derechos sociales y sua eficácia jurídica. Em Revista General de Derecho. Valência: Revista General de Derecho, janeiro-fevereiro de 1997, p. 159 a 168.
- HABERLE, Peter. La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional. San Miguel: Pontifica Universidad Católica Del Peru – Fondo Editorial, 1997.
- HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales (Capítulo III) Manual de Derecho Constitucional. Obra coletiva: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A, 2001.

- JÚNIOR, Jayme Benvenuto Lima. Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. In *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional/ coordenação de Flávia Piovesan*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 651- 667.
- LUÑO, Antonio E. Perez . *Los Derechos Fundamentales*. 7ª ed. Madri: Tecnos, 1998.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público. 3ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- MELO, Milena Petters. 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 Humano-IIDH*. San Jose, Costa Rica: IIDH, p. 211 a 241.
- MIRANDA, Jorge. *Jurisprudência Constitucional Escolhida*. Volume I. 1ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996.
- _____. A Constituição e a dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Teologia – Lisboa*, volume XXIX. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1999, p. 473-485.
- MUNCH, Ingo Von. La Dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional. In *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 5 (Maio-Agosto). Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 9-33.
- OTERO, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo- Enquadramento Dogmático-Constitucional*, vol. I. Lisboa: Lex, 1995.
- _____. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo- Enquadramento Dogmático-Constitucional*. Vol. II. Lisboa: Lex, 1995.
- PEREZ, Jesús Gonzáles. *La Dignidad de La Persona*. Madri: Editorial Civitas.
- PEREZ, Miguel Angel Serrano. La dignidad de la persona. Em *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. Barcelona: Editorial Boch.
- RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento da democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

APROVADA POR MAIORIA DOS VOTOS

O Ministério Público e a concretização do direito fundamental à segurança – alternativas para a execução de medida socioeducativa de internação

Júlio César Teixeira Crivellari
Promotor de Justiça da Comarca de Andrelândia/MG

*A liberdade política de um cidadão
é essa tranqüilidade de espírito
que provém da opinião que
cada qual tem de sua segurança;;
e, para que se tenha essa liberdade,
é preciso que o governo seja tal que
um cidadão não possa temer outro cidadão.
(Montesquieu)*

I – Introdução:

O escopo do presente trabalho prende-se à tormentosa missão que envolve a efetivação dos chamados direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão; assim designados os direitos individuais, sociais e difusos, e a sua plena ou, pelo menos, máxima efetividade (eficácia social) possível; tendo como partícipe desse verdadeiro processo de concretização da Constituição da República Federativa Brasileira uma Instituição que representa uma autêntica *garantia institucional* fundamental, implicitamente *petrificada* no texto constitucional, que inaugurou uma nova era a partir de outubro de 1988 – o Ministério Público.

Analisando, especificamente, possíveis alternativas para a execução de medida socioeducativa de internação, em comarcas que não dispõem de Centros de Internação para Adolescentes, apresenta-se a experiência vivenciada recentemente na Comarca de **Andrelândia**; de como se buscou compatibilizar os direitos fundamentais de adolescentes aos quais foi imposta a medida socioeducativa mais drástica, prevista em lei, e como tais alternativas garantiram (e estão a garantir) reflexamente o *direito fundamental de todos à segurança* (art. 5º, *caput* da CF/88).

II – Casuística legal:

Primeiramente, relembre-se o que prescreve nossa Constituição Federal:

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:

Art. 227. É **dever da família, da sociedade e do Estado** assegurar à criança e ao adolescente, com **absoluta prioridade, o direito** à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade**,

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 3º O **direito a proteção especial** abrangerá os seguintes aspectos:

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

Do mesmo modo, rememore-se o que determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90):

Art. 4º **É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público** assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação 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.

Art. 5º **Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 17. O **direito ao respeito consiste** na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. **É dever de todos velar pela dignidade** da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

V - integração operacional de órgão do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

Art. 94. As **entidades** que desenvolvem **programas de internação** têm as seguintes obrigações, entre outras:

IV - preservar a identidade e oferecer **ambiente de respeito e dignidade** ao adolescente;

V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da **preservação dos vínculos familiares;**

VII - oferecer **instalações físicas em condições** adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;

IX - oferecer **cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;**

X - propiciar **escolarização e profissionalização;**

XI - propiciar **atividades culturais, esportivas e de lazer;**

XII - propiciar **assistência religiosa** àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;

XIII - proceder a **estudo social e pessoal** de cada caso;

XIV - **reavaliar periodicamente** cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;

XV - informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual;

XVIII - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos;

XIX - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem;

XX - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.

Art. 121. **A internação** constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º **Será permitida a realização de atividades externas**, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

Art. 123. A **internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes**, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Parágrafo único. **Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.**

Art. 124. São **direitos do adolescente** privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

I - **entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público**;

II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;

III - avistar-se reservadamente com seu defensor;

IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;

V - ser tratado com **respeito e dignidade**;

VI - **permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável**;

VII - **receber visitas**, ao menos semanalmente;

VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;

IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;

- X - habitar **alojamento em condições adequadas** de higiene e salubridade;
- XI - receber **escolarização e profissionalização**;
- XII - realizar **atividades culturais, esportivas e de lazer**;
- XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;
- XIV - receber **assistência religiosa**, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;
- XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;
- XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

§ 2º A autoridade judiciária poderá suspender temporariamente a visita, inclusive de pais ou responsável, se existirem motivos sérios e fundados de sua prejudicialidade aos interesses do adolescente.

Art. 125. **É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos**, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

II - promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes;

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

XI - inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;

XII - requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições.

§ 2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público.

§ 3º O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente.

§ 5º Para o exercício de atribuições de que trata o inciso VIII deste artigo, poderá o representante do Ministério Público:

- a) reduzir a termo as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência;
- b) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados;**

c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação.

III – Do direito à segurança:

Segundo leciona o mestre José Afonso da Silva (2000, p. 439), a inviolabilidade do direito à segurança se traduz num conjunto de garantias, cuja natureza se acha ínsita no próprio termo *segurança*. De fato, esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral).

Com as recentes notícias na mídia de participação de adolescentes em atos infracionais bárbaros, retomaram-se as discussões acerca da menoridade penal e sobre o enrijecimento do sistema socioeducativo, mormente no que concerne ao tempo máximo de duração da medida de internação, acreditando-se estar assim satisfazendo (protegendo) a Sociedade, e garantindo minimamente seu direito sagrado à segurança.

Entretanto, esquecem-se nossos ávidos legisladores de que a medida socioeducativa sempre terá tempo determinado, e um dia, mais cedo ou mais tarde, os violadores juvenis da ordem jurídica retornarão ao seio social; surgindo, portanto, a preocupação sobre como se comportarão pessoal e socialmente após esse regresso.

Evidentemente que isso dependerá do maior ou menor esforço da família, da própria Sociedade e do Estado, através de seus inúmeros agentes, das diversas esferas governamentais, em proporcionar aos infratores adolescentes as melhores condições de se desenvolverem de forma mais adequada, honesta e humana; enquanto expiam suas faltas.

O Ministério Público não pode permanecer indiferente e alheio à falta de estrutura estatal para a execução responsável de medidas de internação regularmente impostas, do mesmo modo que não pode tolerar a decretação de desinternação perante a falta de estabelecimento adequado, porquanto tal complacência acarretará a vulneração do direito fundamental à segurança. Alternativas devem ser buscadas e/ou apoiadas pelo Órgão Ministerial, em concurso com outras autoridades locais, para garantir a preservação da vontade da lei e ordem pública outrora violada.

Vivenciamos uma “onda legiferante” destituída da necessária eficácia social, principalmente caracterizada pela falta de estrutura física e humana estatal, vale dizer, editam-se leis para proteger o cidadão e combater a violência de todas as naturezas, mas o Estado não se aparelha material e humanamente para desempenhar os deveres legais que surgem a cada dia.

Obviamente que os autores da violência (maiores ou menores de idade) são, como suas vítimas, titulares de direitos fundamentais; além do que a Sociedade como um todo é também detentora de direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à segurança.

Quando não se possibilita a recuperação efetiva do infrator, a Sociedade será novamente penalizada através da reinserção forçada (pelo cumprimento da sanção punitiva ou pedagógica imposta, conforme o caso) de um indivíduo que poderá violar mais uma vez a ordem pública, de modo que a Sociedade (além do Poder Público, enquanto garantidor da segurança dos cidadãos) é co-interessada em que, aqueles que violaram o equilíbrio social, mediante condutas criminosas ou infracionais, não tornem a delinquir.

Nesse aspecto, observa-se que o Ministério Público – enquanto instituição permanente e defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF/88), vale dizer, *Poder Público lato sensu* – deve ser pró-ativo e buscar soluções que garantam o máximo cumprimento do Pacto Social Fundamental de 1988 e da ordem jurídica infraconstitucional, não só utilizando os instrumentos processuais à sua disposição, mas também se valendo, de forma responsável, de seu prestígio e competência diplomática, articuladora e recomendadora no cenário social local.

A Constituição somente adquire *força normativa* na medida em que lograr realizar sua *pretensão de eficácia* (a estabilidade é condição para tanto), de modo a construir o futuro com base na *natureza singular do presente*, levando-se em conta a realidade histórica e social, mas adequando o seu conteúdo à *práxis*, através da hermenêutica constitucional, em que o fortalecimento da Carta Política depende primordialmente de uma *vontade de Constituição* (HESSE, 1991).

É no ensinamento da Prof^a/Min. Carmen Lúcia Rocha que se vai colher também esta inarredável lição, qual seja a de que o “Brasil não carece de Constituição, mas tem enorme carência de cidadania. [...] Não há cidadania sem solidariedade”.

A Constituição não deve ser um mero pedaço de papel, conforme lecionava FERDINAND LASSALE, mas se converter no principal instrumento de transformação social positiva – missão originariamente acometida ao Ministério Público.

IV – A experiência de Andrelândia – execução local de medida de internação fora de estabelecimento adequado – concretização reflexa do direito à segurança

No dia 29 de outubro de 2006, num dos municípios integrantes da Comarca de Andrelândia, três adolescentes, em unidade de propósitos e desígnios, sob efeito de substâncias alcoólicas diversas, durante a realização de uma festa ou baile se desentenderam com um jovem, também adolescente, o qual sofreu uma “trombada”. Alguns minutos depois, ao deixar o local da festa para evitar maiores problemas, os infratores atacaram a vítima de inopino, desferindo-lhe socos e pontapés, e levando-a para um dos lados do bar onde foi covardemente esfaqueada, por quatro vezes, e mesmo após as facadas, foi alvejada com novos pontapés na região da cabeça e do abdômen, sofrendo lesões gravíssimas, não falecendo por circunstâncias alheias à vontade dos agressores, eis que foi socorrida e internada a tempo.

Apreendidos em flagrante, foi determinada/mantida a internação provisória dos autores. Representados pelo Ministério Público pela prática de ato infracional análogo a homicídio qualificado tentado (além de outros, como ameaça, resistência, dano qualificado; cometidos em decorrência do primeiro ato infracional), os infratores foram processados (dentro de 45 dias) e sancionados com a medida socioeducativa de internação, permanecendo recolhidos na cadeia pública local, em cela **absolutamente separada** das que abrigavam presos maiores (art. 124, X, ECA). Mesmo sendo requisitadas judicialmente as vagas em *estabelecimento adequado*, o pleito não foi atendido até os dias atuais.

Cinco meses se passaram e os menores permaneciam simplesmente recolhidos sem qualquer perspectiva de serem transferidos para um estabelecimento adequado, até que em fevereiro de 2007, estando reunidos os Órgãos do Ministério Público e Judiciário, além da Assistente Social Judicial, surgiu a proposta de proporcionar aos três adolescentes internados na cadeia pública local, atividades pedagógicas que permitissem sua reinserção/recuperação (art. 123, parágrafo único, ECA). A apreensão e incerteza quanto à viabilidade da liberação parcial dos infratores foram evidentes (art. 121, §1º, ECA).

Segundo MENDEZ (apud CURY, 2003, p. 413-414), o §1º do art. 121, que permite a realização de atividades externas, dever ser entendido no sentido da chamada teoria da “incompletude” institucional. Na realidade, trata-se de **preparar o jovem**, a partir do exato momento da internação, **para sua plena reinserção na sociedade**. Pretende-se, em verdade, converter a internação (e a instituição que a executa) em uma medida o mais dependente possível dos serviços e atividades do mundo exterior.

Desse modo, primeiramente os adolescentes infratores foram matriculados em estabelecimentos oficiais de ensino existentes no município (art. 124, XI, ECA), após conversa reservada entre o Ministério Público, Judiciário, Assistente Social Judicial e Diretores das escolas envolvidas.

Os adolescentes eram acompanhados da cadeia até a escola, e desta até a cadeia pública, por Conselheiros Tutelares (art. 136, VI, ECA), e permaneceram no distrito da culpa, próximos de seus familiares, recebendo apoio e visitas constantes (art. 124, VI, ECA).

Entre março e junho de 2007, os adolescentes foram acompanhados pelo Judiciário e Ministério Público periodicamente (art. 124, I e IV, ECA), contando com a necessária intermediação/intervenção da Sra. Assistente Social Judicial (art. 101, II, ECA). As famílias foram incentivadas a dispensar total assistência e apoio aos jovens. Paralelamente, foram encaminhados para o serviço de psicologia municipal (art. 101, V, ECA), sempre acompanhados por Conselheiros Tutelares.

Em junho de 2007, às vésperas do período de férias, foi feita proposta pela Assistente Social Judicial que os menores participassem, durante 15 dias, de cursos oferecidos por uma Fundação local (projeto bambuarte, trabalhos manuais feitos como matéria prima bambu), o que foi deferido com anuência do Ministério Público (art. 123, parágrafo único, ECA).

Sempre demonstrando interesse e mérito na execução das atividades propostas, os recuperandos obtiveram autorização judicial, com aquiescência do Ministério Público, para freqüentar o projeto da Fundação, durante todo o segundo semestre do ano de 2007. Além do projeto “bambuarte”, os adolescentes cursaram aulas de música (art. 124, XII, ECA) e horta.

Durante o segundo semestre de 2007, mediante solicitação feita pelos próprios sentenciados (art. 124, II, ECA), foram também autorizados a freqüentar o culto religioso de sua preferência, aos domingos, das 10h às 11h (art. 124, XIV, ECA).

A partir de setembro de 2007, os adolescentes requereram “saídas temporárias” sem escolta, para passar os feriados na companhia de suas famílias. Em razão do mérito, e da visível mudança de comportamento, foram beneficiados em todas as oportunidades (art. 121, §1º, ECA), sendo acompanhados por parentes ao invés de Conselheiros Tutelares. Foram recomendados a não transitarem demasiadamente pelas ruas da cidade de origem e a não fazerem uso de bebidas alcoólicas ou se envolverem em quaisquer confusões ou atritos. Os Conselheiros Tutelares já não mais necessitavam acompanhá-los.

As providências surtiram efeitos visíveis e permanentes, não sendo relatada nenhuma reclamação pelos órgãos ou autoridades intervenientes (Escolas, Psicóloga, Conselho Tutelar, Assistente Social Judicial, Fundação local etc).

Em dezembro de 2007, dois dos três adolescentes foram submetidos a medida socioeducativa de liberdade assistida, após avaliação psicológica; determinando-se o acompanhamento dos jovens pelos serviços de Psicologia, Assistência Social, bem como pelo Conselho Tutelar do município de origem, recentemente instalado, também por iniciativa do Ministério Público.

O adolescente que continua sob a medida de internação foi beneficiado este ano através do trabalho remunerado no mercado local (de segunda a sábado), permanecendo matriculado no supletivo, a fim de concluir as matérias faltosas do ensino fundamental. Continua sendo assistido pela Assistente Social, e recentemente foi autorizado a se deslocar até uma cidade-pólo da região para obter sua carteira de identidade, a fim de abrir uma conta bancária de poupança (art. 94, XIX, ECA).

Foi realizada uma reunião para avaliação do projeto com todos os agentes, órgãos e instituições intervenientes, percebendo-se satisfação geral e a conclusão de que o trabalho teve resultado positivo. Os dois adolescentes que se encontram sob liberdade assistida continuam sendo acompanhados pelos serviços especializados do Município de origem e se inseriram de modo positivo ao meio em que vivem, dando continuidade aos estudos, e realizando atividades remuneradas (dentro das possibilidades de um município de pequeno porte).

O objetivo da conjugação dos esforços ministeriais, judiciais e assistenciais (art. 88, V, ECA), em parceria com a comunidade local e alguns serviços públicos (art. 4º, ECA) não foi o de negar a exigência legal de recolhimento dos adolescentes (hoje ex-) infratores a estabelecimento adequado, mas o de garantir-lhes dignidade e os direitos previstos no art. 124 do ECA, ou seja, condições de efetivamente se ressocializarem, preparando-os paulatinamente para a retomada da liberdade plena, enquanto a estrutura estatal não lhes disponibiliza uma vaga oficial (que, aliás, nunca o foi).

Ao garantir a dignidade e os direitos desses jovens, possibilitou-se a recuperação suas, devolvendo-os à Sociedade, em condições de serem respeitados e de respeitarem outras pessoas, desse modo, garantindo o sagrado direito à segurança da coletividade.

Certamente que o projeto em questão não está imune a falhas e talvez não possa ser adequado a todo caso, mas representa uma *alternativa* para a execução de medida socioeducativa de internação, considerando a quase inexistência de vagas em estabelecimentos reputados como *adequados*. Por outro lado, simplesmente desinternar adolescentes que se envolveram em atos infracionais graves ou gravíssimos, por não haver estabelecimento adequado, viola o direito da Sociedade à segurança.

De se frisar, por fim que, sem efetiva segurança, não poderá haver nunca liberdade.

V - Conclusão

À guisa de conclusão, ressalta-se que é papel do Ministério Público lutar incessantemente pela concretização da Constituição Federal, e, nesse particular, zelar pela observância, garantia e respeito aos direitos fundamentais de adolescentes internados, diligenciando para que as disposições da Magna Carta e do Estatuto da Criança e do Adolescente sejam concretizadas, mormente quando tais jovens se encontrarem recolhidos em cadeias públicas ou estabelecimentos congêneres e/ou inadequados, segundo o disposto na Lei 8.069/90, buscando junto à comunidade, Assistente Social Judicial, Conselho Tutelar e Poder Público locais (serviços de psicologia, assistência social, saúde etc), o necessário apoio e concurso, para que seja viabilizada toda e qualquer atividade psico-pedagógica tendente a promover a recuperação do infrator, sua reinserção na família e na sociedade abalada pelo ato praticado; permitindo igualmente a concretização reflexa do direito fundamental de todos à segurança, ao se evitar a reiteração infracional.

APROVADA POR MAIORIA DOS VOTOS

A Ação Penal Pública nos crimes de violência doméstica nos vinte anos de Constituição da República e a atuação do Ministério Público

Laís Maria Costa Silveira

Promotora de Justiça da Promotoria de Justiça Especializada no Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Belo Horizonte

A Constituição Federal dotou o Ministério Público de ferramentas importantes na defesa dos interesses dos cidadãos, garantidoras dos interesses individuais e coletivos, no sentido de diminuir diferenças entre brasileiros de todos os sexos, idades, classes sociais, nível sócio-cultural. Paralelamente a muitos avanços institucionais que assistimos, a Constituição Federal ainda prevê medidas protetivas da família, como pilar da sociedade brasileira.

O artigo 129, I da Constituição da República prevê que compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

O artigo 100 do Código Penal diz literalmente que a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Assim, fica claro que compete ao Ministério Público promover a ação penal pública, mediante oferecimento de denúncia, a não ser nos casos em que a ação penal depender de representação do ofendido ou for proposta diretamente pelo ofendido. Nas duas hipóteses últimas descritas, haverá, necessariamente, previsão expressa em lei.

Portanto, as regras gerais dos crimes prescritos na legislação pátria são de ação penal pública. Para serem de ação penal pública condicionada à representação da vítima ou de ação privada, há que haver, necessariamente, menção expressa em lei.

O crime de lesão corporal leve sempre foi processado mediante ação penal pública, podendo e devendo o Ministério Público agir por iniciativa própria, independentemente da vontade ou manifestação da vítima. Com o advento da Lei 9.099/95, passou-se a exigir a representação da vítima para a propositura da ação penal, por força de seu artigo 88. Porém, a Lei 9.099/95 não se mostrou eficaz no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, o que culminou com a edição da Lei 11.340/06, que afasta totalmente a aplicação da Lei 9.099/95 (artigo 41 da Lei 11.340/06). Assim, no nosso entendimento, volta o crime de lesão corporal leve praticado em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher de ação penal pública incondicionada.

Mas este ponto é ainda bastante discutido e merece a nossa análise mais criteriosa.

De acordo com o Código Penal (Decreto-Lei nº 2848 de 1940) o crime de lesão corporal leve é de ação pública incondicionada. Em verdade, a regra geral prevista no Código Penal é a ação penal pública incondicionada. Os casos de ação privada e de ação penal pública condicionada à representação da vítima, por serem exceção, devem ter comandos expressos em lei, no que diz respeito à ação penal. Assim, até a entrada em vigor da Lei 9.099/95, o crime de lesão corporal leve sempre foi de ação penal pública. A Lei 9.099/95 expressamente, no seu artigo 88, modificou a ação penal em relação aos crimes de lesão corporal leve e culposa. Assim, e por ser exceção à regra geral, não poderia ser diferente, a Lei 9.099/95 modificou a ação penal do crime de lesão corporal leve passando a ser ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Agora a Lei 11.340/06 e afastou, literalmente, a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, dentre eles a lesão corporal leve, crime bastante comum no ambiente familiar. Afastando-se a Lei 9.099/95, afasta-se também o seu artigo 88 uma vez que houve um afastamento total e não parcial da citada lei. Desta forma, volta o crime de lesão corporal leve a ser de ação pública incondicionada.

Tal medida foi adotada para maior proteção da mulher, constantemente vítima de violência doméstica. Entendeu o legislador, que, deixar a cargo da mulher vítima de violência doméstica o destino da ação penal contra seu agressor a fragiliza mais ainda no ambiente doméstico, podendo a mesma ser intimidada a não oferecer representação, mantendo-se em constante situação de violência.

Esta situação foi amplamente debatida nas comissões parlamentares que discutiram a questão da violência doméstica e que culminou com a Lei 11.340/06. Chegou-se à conclusão de que os mecanismos trazidos pela Lei 9.099/95 não foram eficazes para diminuir a violência doméstica, sendo necessária uma resposta mais efetiva por parte da justiça para o combate da violência doméstica. Assim, o afastamento total da Lei 9.099/95 nos crimes de violência doméstica contra a mulher foi a forma escolhida pelo legislador nacional para dotar o justiça de mecanismos que possam, com efetividade, erradicar a violência doméstica no Brasil.

Porém, neste assunto, **também há correntes contrárias**, que entendem que o afastamento da Lei 9.099/95 aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher se deu apenas quanto a seus dispositivos despenalizadores, como transação penal, suspensão do processo, etc. Entendem que no que diz respeito à modificação da ação penal no crime de lesão corporal leve introduzida pelo artigo 88 da Lei 9.099/95, tal modificação permanece, mantendo o crime de lesão corporal leve mesmo praticado contra mulher em situação de violência doméstica como crime dependente de representação da vítima, ou seja, **de ação pública condicionada à representação da vítima**.

Tal corrente se vale do estudo vitimológico e que deve se concentrar na mão da vítima o poder de decidir se deseja ou não processar o agressor. Entretanto, tal poder decisório se mostra parcial e comprometido, na medida em que as vítimas não têm, no momento em que se vêem agredidas pelo parceiro, cônjuge, equilíbrio ou discernimento emocional para optar sem se comprometer; umas pelo medo da retaliação, outras por vínculos gerados por relações afetivas de dependência emocional, outras por carência financeira, outras porque nunca tiveram autonomia sobre suas próprias vidas, enfim por uma gama de particularidades além da legalidade, é que defendemos deva ser entregue ao Estado a decisão de processar ou não o agressor.

Um dos argumentos defendidos por esta corrente é a de que, no artigo 12, I da Lei 11.340/06, quando há descrição das medidas as serem tomadas pela autoridade policial, há previsão expressa de “reduzir a termo a representação da vítima”. Ora, o artigo 12 foi necessário para definir quais seriam as condutas a serem adotadas na delegacia de polícia na fase investigativa. Como as modificações quanto aos procedimentos dos juizados especiais foram

consideráveis, fez-se necessária novas orientações às autoridades policiais. Por exemplo, nos casos previstos pela Lei 11.340/06 não mais se lavra o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), mas a previsão é de instauração de inquérito policial, com a coleta de todas as provas necessárias à elucidação dos fatos, como oitiva de testemunhas, apreensão de objetos, encaminhamento a exame pericial, inclusive coleta do termo de representação. Este, por óbvio, é previsto apenas nos casos em que se fizer necessário, como nos crimes de ameaça. Nos crimes em que tal termo não é necessário, evidentemente, não há necessidade de se cumprir tal dispositivo.

O disposto no artigo 12 é exatamente para esclarecer aos delegados de polícia os atos imprescindíveis às investigações, uma vez que houve uma mudança radical de procedimento, com o afastamento do TCO.

Da mesma forma, o artigo prevê prova coleta de prova testemunhal, pericial. Nos casos em que esta não existir, por circunstâncias próprias de cada caso, não há que se desconsiderar a existência do crime. **Assim, o simples fato de se prever a coleta do termo de representação na delegacia de polícia, não tem o poder de transformar todos os crimes ocorridos em situação de violência doméstica como crime de ação penal pública condicionada.**

Outro exemplo que vai nos socorrer neste entendimento, é a ocorrência do crime de estupro, em situação da violência doméstica. Tal **crime é de ação penal privada**, por força do próprio Código Penal. Na ação penal privada não há que se falar em representação da vítima, a não ser em casos especiais previstos expressamente, sendo a ação penal é iniciada por queixa-crime. A se adotar a posição acima descrita, temos que, apenas por o artigo 12 da Lei 11.340/06 prever expressamente coleta da representação da vítima, que o crime de estupro teria passado a ser de ação pública condicionada à representação da vítima. Tal absurdo é impensável.

Da mesma forma, é inaceitável que, com o afastamento expresso da Lei 9.099/95 pelo artigo 41 da Lei 11.340/06, apenas pela previsão de representação genérica como uma das medidas a serem adotadas na delegacia de polícia, possamos pensar que o crime de lesão corporal leve continua a ser de ação pública condicionada à representação da vítima.

Fica claro no nosso entendimento que a nova lei afastou por completo a Lei 9.099/95, **restaurando a incondicionalidade para o processamento das lesões corporais leves**, não precisando o Ministério Público de autorização da vítima para promover a ação penal.

Em simpósio realizado nos dias 28 e 29 de julho de 2007, reunindo promotores e procuradores de justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria dos presentes, foi decidido que o afastamento do artigo 41 da Lei 9.099/95 aos crimes de violência doméstica apenas se referem ao afastamento dos institutos despenalizadores, bem como o rito processual, não modificando a ação penal nos crimes de lesão corporal leve, que dependeria de representação da vítima. Neste ponto, entendemos de forma diversa, porque o legislador, ao nosso ver, quis realmente dar ao caso um tratamento mais rigoroso, retirando da alçada da vítima o poder de decidir pelo processamento ou não do caso em que foi vítima de violência doméstica e sofreu lesão corporal. Ocorre que, no nosso modesto entendimento, quando o artigo 88 da Lei 9.099/95 introduz a necessidade de representação aos crimes de lesão corporal leve, trata exatamente de instituto despenalizador, uma vez que, vencido o prazo decadencial de seis meses, não pode mais o agressor ser processado criminalmente. Trata-se, portanto, de um instituto despenalizador, afastado dos casos de violência doméstica conforme amplamente discutido no simpósio mineiro. **Assim, mesmo se entendendo que estão afastados apenas os institutos despenalizadores, afastada também a hipótese de se exigir a representação da vítima nos casos de crime de lesão corporal leve quando se tratar de violência doméstica, por se tratar a necessidade de representação um também instituto despenalizador.**

Dito isto, torna-se óbvia a impossibilidade da aplicação da Lei 9099/96, **inclusive quanto ao seu procedimento, condições da ação** e dos institutos despenalizadores e a transação penal, eis que todas as especificidades da Lei 9099/95 são privilégios inerentes à individualização da pena típicos aos que cometem delitos de menor potencial ofensivo, sendo benefícios constitucionalmente garantidos aos que cometem crimes que não sejam adequados tipicamente como violência doméstica. Não se trata de só de agravar a satisfação dos requisitos para sua concessão ou de atribuir condição particularmente mais gravosa, trata-se de individualização da pena de acordo com a gravidade do crime. A Violência Doméstica é reconhecidamente violação aos direitos humanos e, portanto, merece seja apenada de forma mais gravosa, não fazendo jus o agressor no lar e na família de benefícios típicos àqueles que cometem crimes de menor potencial ofensivo.

Para entendermos melhor os caminhos que levaram a edição da Lei Maria da Penha, buscamos as origens das discussões e dos pontos levantados pelos responsáveis por todo este processo, até mesmo do processo legislativo. Como a Lei Maria da Penha cria mecanismos protetivos para a mulher dentro do seu ambiente doméstico e familiar, de forma específica, e é uma lei recente, que vem sendo bastante estudada e discutida por estudiosos do direito, buscamos estudar e esclarecer os caminhos pelos quais os textos de lei passaram para chegar ao texto legal aprovado pelo Poder Legislativo. Pensamos ter conseguido entender a vontade do legislador, e os motivos que o levaram ao texto final da lei como hoje está editada e publicada, e que deve ser cumprida.

Para a discussão do texto legal e confecção deste importante trabalho que culminou com a Lei Maria da Penha, foi criado o **Grupo de Trabalho Interministerial**, formado pelos seguintes órgãos: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) da Presidência da República (coordenação); Casa Civil da Presidência da República; Advocacia-Geral da União; Ministério da Saúde; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; Ministério da Justiça e Secretaria Nacional de Segurança Pública.

Como consequência do esforço deste grupo seletivo, em 2004 foi formulado o Projeto de Lei nº 4.559, que foi encaminhado pelo Presidente da República em 03/12/2004.

O Projeto de Lei 4559/2004 propôs muitas inovações no combate à violência doméstica contra a mulher e já representou um avanço em relação à Lei 9.099/95. O PL 4559/04 definiu o que é violência doméstica e familiar contra a mulher sob diversos aspectos: físico, sexual, psicológico, moral e patrimonial, além de prever que este tipo de violência representa um tipo de violação dos direitos humanos. Previu ainda alteração nas providências policiais a serem efetivadas quando se tratasse de caso envolvendo a violência doméstica e familiar contra a mulher. Outra inovação já trazida pelo PL 4.559/04 foi a previsão de estabelecimento de amparo à vítima que deveria ser atendida por equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistentes sociais, médicos. Previu ainda a participação efetiva e direta do Ministério Público nestes casos diretamente ligados à proteção à mulher, bem como a ampliação das medidas cautelares em relação ao agressor e previsão de medidas protetivas à vítima, já prevenindo efeitos civis e penais. O PL 4559/04 já previa a possibilidade de prisão preventiva quando se tratasse de crime praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher, independente a pena aplicada.

O projeto original previa expressamente aplicação de mecanismos e procedimentos previstos na Lei 9.099/95, adequadas aos casos de violência doméstica, mesclando uma solução rápida judicial e extrajudicial. O rito procedimental, porém, foi alterado para os casos de violência doméstica.

O PL4559/04 já previa a abolição do Termo Circunstanciado de Ocorrência, voltando-se a prever o Inquérito Policial, para uma apuração mais aprofundada dos fatos. Numa

clara manifestação de se buscar uma resposta mais gravosa para os casos da violência doméstica, o anteprojeto de lei já permitia a prisão em flagrante delito, bem como a decretação da prisão preventiva do agressor, independentemente da pena cominada ao crime.

Uma mudança processual prevista pelo anteprojeto de lei era a previsão de **uma audiência de apresentação**, em que o juiz ouviria a vítima antes de se ouvir o agressor e não poderia ser compelida a transacionar, mesmo havendo possibilidade de conciliação. Tal audiência seria presidida diretamente pelo magistrado ou por bacharel em direito, especialmente capacitado.

Era prevista audiência para proposta de transação penal, porém, tal audiência somente seria realizada em um segundo momento, após a vítima ter passado pela avaliação da equipe multidisciplinar prevista e capacitada para o atendimento específico. As penas a serem aplicadas não poderiam ser penas restritivas de direito de prestação pecuniária, sendo vedado o pagamento de cesta básica e multa.

Na parte final, o anteprojeto já previa a criação de Varas e Juizados Especiais da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e penal, propiciando um atendimento global e emergencial que os casos demandassem.

Depois de muitos debates no Congresso Nacional, algumas mudanças foram implementadas, de forma a modificar substancialmente o PL 4559/04.

Na Câmara dos Deputados foram várias reuniões em que estiveram presentes representantes da sociedade civil com interesse direto na questão do combate à violência contra mulheres. No Senado Federal, o projeto de lei passou por estudos da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que promoveu uma revisão completa no projeto, que passou a se denominar PLC 37/06. A revisão promovida pelo Senado teve o aspecto mais técnico, dando à lei uma redação mais precisa, que pudesse representar com a clareza necessária a vontade expressa do legislador.

Especificamente, quando discutimos sobre o afastamento total ou parcial do artigo 41 da Lei 11.340/06, e analisando o que foi exposto acima, não resta qualquer dúvida de que o afastamento foi total. **Com efeito, se o anteprojeto previa expressamente a aplicação de alguns dispositivos da Lei 9.099/95, apenas de forma modificada especialmente para os casos de violência doméstica, o texto legal aprovado como sendo a Lei 11.340/06 que afasta expressamente a Lei 9.099/95, conforme artigo 41 da citada lei**

O raciocínio nos parece de uma clareza de dispensa maiores comentários: O anteprojeto 4559/04 previa a clara e certa aplicação dos dispositivos da Lei 9.099/95, com modificações nos procedimento, aplicando a lei já com maior rigor. Após várias discussões acerca do assunto, ao ouvir as entidades interessadas representando a sociedade, houve por bem a Câmara dos Deputados rever o texto do anteprojeto da lei e modificou o texto legal, que chegou ao seu final com a expressa e clara vedação da aplicação de todo e qualquer dispositivo previsto na Lei 9.099/95. Basta observar o artigo 41 da Lei 11.340/06: “Aos crimes praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher não é aplicada a Lei 9.099/95.”

Desta forma está clara a vontade do legislador em tratar diferentemente a violência de gênero, contra as mulheres. No caso de crime de ameaça, não resta qualquer dúvida. Se a vítima for mulher em situação de violência doméstica, ainda que a pena prevista seja de até um ano de detenção, não cabe transação penal nem suspensão do processo. No caso de crime de lesão corporal leve, com o aumento da pena para até três anos de detenção, a transação penal já estaria afastada, mesmo pelos critérios da Lei 9.099/95. Mas por força do artigo 41 da Lei Maria

da Penha, afastada também a hipótese de suspensão do processo. Em ambos os casos, ainda é possível a prisão em flagrante delito e a prisão preventiva..

Com o afastamento total da aplicação da Lei 9.099/95, que instituiu ação penal condicionada à representação da vítima nos casos de crime de lesão corporal leve, conforme artigo 88, temos que volta a vigorar o preceito legal anterior à Lei 9.099/95, onde tínhamos a regra clara de ser a lesão corporal leve crime de ação pública incondicionada.

Proposta: o crime de lesão corporal leve nos casos de violência doméstica contra a mulher volta a ser crime de ação pública incondicionada.

APROVADA POR MAIORIA DOS VOTOS

A possibilidade de retratação e renúncia à representação da vítima nos casos de crimes praticados mediante violência doméstica e familiar contra a mulher e a atuação do Ministério Público

Laís Maria Costa Silveira

Promotora de Justiça da Promotoria de Justiça Especializada no Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Belo Horizonte

A Audiência prevista no Artigo 16 da Lei 11.340/06. Impossibilidade de conciliação entre as partes.

A Constituição Federal dotou o Ministério Público de ferramentas importantes na defesa dos interesses dos cidadãos, garantidoras dos interesses individuais e coletivos, no sentido de diminuir diferenças entre brasileiros de todos os sexos, idades, classes sociais, nível sócio-cultural. Paralelamente a muitos avanços institucionais que assistimos, a Constituição Federal ainda prevê medidas protetivas da família, como pilar da sociedade brasileira. A ação penal é indisponível, sendo da inteira responsabilidade do Ministério Público.

O conforme artigo 25 do Código Penal, não modificado pela Lei 11.340/06 determina que a representação é irretatável depois de oferecida a denúncia.

A Ação fundamental do Ministério Público na garantia dos direitos individuais, na defesa dos menos favorecidos, dos mais necessitados, considerando aqui o conceito de necessidade não somente a necessidade financeira, mas todo aquele que está em relação de inferioridade ou de fragilidade, como no caso da mulher em situação de violência doméstica, que precisa de uma proteção especial.

Ao longo dos 20 anos da Constituição da República, movimentos populares e da sociedade civil organizada, mobilizaram e sensibilizaram o Congresso Nacional, que resolveu por bem editar a Lei 11.340/06, que trata da proteção da mulher em situação de violência doméstica. Reconheceu-se que este é um tema que aflige a sociedade brasileira de forma a necessitar de uma legislação específica, com uma atuação do Ministério Público também de forma especializada. Alguns pontos desta lei são polêmicos, no que diz respeito à atuação ministerial. Aqui vamos abordar parte dos temas polêmicos da Lei 11.340/06, que dizem respeito diretamente à atuação diuturna do Promotor de Justiça que atua com a violência doméstica.

O artigo 16 da Lei 11.340/06 prevê: “Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”

Observando a motivação legal do referido dispositivo e as alterações legislativas por ele sofridas, nota-se que a redação original do **Projeto de Lei 4.559/2004, no artigo 32**, que tratava da mediação (extirpada do procedimento dos crimes de Violência Doméstica quando do afastamento da aplicação da 9099/95), previa no parágrafo 6º: *“A retratação ou a renúncia da representação somente serão consideradas válidas após audiência”*. A lei em vigor extirpou a palavra retratação, de sua redação, sendo possível perceber **não se tratar de lapso de técnica legislativa, mas de expresso afastamento da possibilidade da retratação**.

Por outro lado, faz a Lei Maria da Penha previsão da renúncia à representação, hipótese na qual a ofendida deixa de exercitar o seu direito à representação. Entretanto, tendo a vítima representado, já não é cabível a renúncia, haja vista que a renúncia é **“a abdicação do ofendido ou de seu representante legal do direito de promover a ação penal privada”** (Damásio de Jesus – código de processo penal comentado, 13ª Ed. –SP). Se a vítima exerceu o direito de representar, não abdicou do mesmo. A representação não depende de nenhum outro ato para produzir seus efeitos jurídicos, espelhando o desejo genuíno da vítima de ver a prestação da tutela jurisdicional, e não a abdicação deste direito.

Tem-se que a **representação** feita perante a Autoridade Policial tem plena validade jurídica. **Não poderia o Estado violar o direito da vítima de ver o fato, em tese delituoso, de ser examinado pelo Judiciário, sob pena de flagrante inconstitucionalidade por violação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República**. A representação não tem formalidade expressa em lei, sendo a autorização processual da vítima ao Estado para a persecução penal.

A **renúncia**, como ato unilateral, significa a desistência, a abdicação do ofendido ou seu representante legal do direito de originar a ação penal privada ou a ação penal pública condicionada à representação da vítima. Somente se pode renunciar ao que ainda não se exerceu. Não se pode renunciar a um direito que já foi exercido validamente, volitivamente, regularmente. A representação, uma vez oferecida de forma expressa e incontestável, revela o interesse da vítima em ver processado o autor do fato.

No crime de Ameaça, ao qual a lei exige autorização da vítima para o devido processo, via representação da vítima, apenas após a representação está o Ministério Público autorizado a dar início à ação penal. Neste caso é exigida a autorização da vítima para a propositura da ação penal. E se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, o órgão do Ministério Público oferece a Denúncia no prazo de 15 (quinze) dias, dispensável até o Inquérito Policial (art 39, § 5º).

Iniciada a ação penal, tendo observados os requisitos acima expostos, incabível a renúncia, uma vez que o direito de representação foi regularmente exercido, não havendo hipótese de abdicação do mesmo. Tem-se, portanto, que oferecida a representação da vítima, não cabe a renúncia.

O Código de Penal dispõe no artigo 102 e o Código de Processo Penal no seu artigo 25, prescrevem que a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia. Não houve alteração legislativa neste sentido, de modo que continuam vigentes os dispositivos em comento.

A audiência prevista no artigo 16 da Lei 11.340/06 diz respeito, claramente, ao procedimento a ser adotado quando a vítima exerce o seu direito de renunciar à representação contra o ofensor. Assim, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, e em se tratando de crime cuja ação penal depende de representação da vítima, como por exemplo, o crime de ameaça, previsto no artigo 147 do Código Penal, ainda na delegacia de polícia, pode a vítima simplesmente dizer que não tem interesse na ação penal. Ou seja, pode a vítima renunciar ao seu direito de representação, ao seu direito de ver a justiça promover ação penal contra seu agressor.

Neste caso, tendo a vítima renunciado ao seu direito de representar, deve o magistrado, quando tomar conhecimento dos fatos, designar audiência para oitiva da vítima, ouvindo-se o Ministério Público. Tal audiência se justifica exatamente por se tratar de caso de violência doméstica, que foi praticada dentro dos limites da afetividade da vítima, que pode renunciar tanto por seu afeto pelo agressor, tanto por estar subjugada à vontade do mesmo. A audiência prevista no artigo 16 da Lei 11.340/06 representa mais um mecanismo de proteção à vítima, podendo-se avaliar se a renúncia é mesmo de sua livre vontade.

Mas há ainda uma **hipótese em que há possibilidade de retratação da representação**, como prevê o artigo 102 do Código Penal, bem como o artigo 25 do Código Processo Penal. Se a vítima, ainda na fase de policial, regularmente, ofereceu representação, que originou validamente o inquérito policial e se trata de crime de ação pública condicionada à representação, pode se retratar, desde que a retratação seja feita antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Para tanto, entende-se, deve ser aplicado o artigo 16 da Lei 11.340/06, designando-se audiência para verificar se a retratação foi feita estando a vítima livre de qualquer tipo de coação.

Sabemos que **nosso posicionamento não representa a única corrente doutrinária no nosso país**. Existem doutrinadores que defendem que houve um erro legislativo ao prever a palavra “renúncia” quando deveria haver “retratação” no artigo 16 da Lei 11.340/06. Tal corrente entende que há a possibilidade de conciliação ainda própria dos Juizados Especiais, em que a vítima, mesmo que tenha representado perante a autoridade policial, possa se retratar de tal ato, por motivos próprios, principalmente por reconciliação com o agressor. Entende-se assim que não mais se tem presente o interesse do Estado em atuar nestes casos.

Apenas para **esclarecer bem o nosso posicionamento**, pensamos que não houve o tal equívoco do legislador, até mesmo pelo estudo histórico da Lei 11.340/06 descrito na acima. O afastamento proposital do termo “retratação” nos indica que houve uma escolha do legislador neste sentido. Não bastasse este argumento, pensamos que a possibilidade de conciliação está afeta diretamente aos Juizados Especiais Criminais, que se mostraram ineficazes nos combates à violência doméstica. Com o afastamento total da Lei 9.099/95, temos que o legislador, claramente, quis afastar também a possibilidade de conciliação, o que, em verdade, somente enfraqueceu a vítima de violência.

Pensamos ainda, para não sermos tão radicais em nosso posicionamento, que mesmo que tenha o legislador se equivocado, e que o termo correto para o artigo 16 da Lei 11.340/06 seria “retratação”, que tal procedimento somente faria sentido se houvesse, quando da apreciação da denúncia oferecida, algum indício de que a vítima queira efetivamente se retratar. Assim, se iniciado o inquérito policial, com autorização da vítima por meio de representação criminal, a autoridade policial termina seu trabalho via complementação das investigações e remete os autos à apreciação da justiça. O Promotor de Justiça diante do inquérito concluído e esclarecidos os fatos, com a representação da vítima num caso de crime de ameaça, oferece a denúncia. **Ao analisar a denúncia, e não tendo nenhuma informação pelo magistrado de que a vítima tenha interesse em se retratar da representação, não caberia ao magistrado abrir tal oportunidade, baseado no artigo 16 da Lei 11.340/06.** O que tal artigo prescreveria, em se tratando de representação, que esta somente poderá ser feita em juízo, em audiência especialmente designada para tal finalidade, ouvido o Ministério Público. Não há nada que nos faça entender que no caso descrito acima, sem qualquer indício de que a vítima queira se retratar (pelo contrário, a vítima colaborou com as investigações, indicou testemunhas, compareceu na delegacia de polícia, etc, por hipótese), deva o magistrado abrir espaço para ouvir a vítima se ela ratifica a representação já firmemente oferecida, ou se retrata-se da mesma.

Várias são as consequências práticas de tal designação sem indicação alguma por parte da vítima de que queira se retratar. Primeiramente, a vítima pode, por absoluta falta de crença de que a justiça poderá lhe socorrer, vista a morosidade dos atos processuais, desistir do

processo e se conformar em continuar sua vida muitas vezes ainda na companhia de seu agressor. Outra hipótese bastante comum é que a vítima já tenha se reconciliado com o agressor, já o “perdoou” por mais um deslize, e prefira continuar vivendo o martírio que já faz parte de sua vida, sem que a justiça concorra para uma efetiva mudança de vida e melhoria da qualidade de vida de seus jurisdicionados.

Costumamos ficar até satisfeitos quando, via de regra, o casal chega ao fórum para os atos processuais pertinentes, de mãos dadas, sendo a própria vítima a principal defensora de seu agressor. E que bom que seja assim. Significa que a tomada de providência por parte da vítima já surtiu efeito positivo em sua vida e que o casal passou a viver em harmonia, que é o objetivo principal de nosso trabalho. Mas a harmonia não apaga o crime que já ocorreu e merece resposta da justiça, até mesmo para que a harmonia do casal possa perdurar.

A reconciliação do casal é sempre fator positivo, mas não pode mais significar o silêncio da justiça naquele caso. As estatísticas são alarmantes ao nos informar o alto índice de reincidência. A mulher brasileira, até por questões culturais, chega a considerar normal viver anos seguidos suportando as ameaças e agressões, e são tentadas a perdoar, dar outra chance, mesmo que saibam, no seu íntimo, que as agressões são parte da rotina da família.

Vale ressaltar sempre o aspecto positivo da reconciliação. A justiça pode ter um papel de grande importância neste processo de libertação da mulher e fortalecimento da família. Entendemos que, no caso de lesão corporal ou ameaça, deve o processo criminal chegar ao seu final, mesmo que a vítima compareça para dar a notícia da reconciliação com o agressor. Não que o Ministério Público que o agressor seja apenas condenado e cumpra pena de prisão, mas com a continuidade do processo, até seu final, há a possibilidade de absolvição pela fragilidade das provas, ou mesmo a condenação do acusado. Nestes casos, por hipótese, em que as lesões são leves ou se trata de ameaça, pode haver a condenação, com a consequente substituição condicional da pena corporal, inclusive podendo uma das condições a serem impostas implicarem na frequência do agressor a grupos de apoio e de fortalecimento e valorização da mulher e da família. Há exemplos vários de grupos que atuam neste sentido, que já deram um resultado bastante satisfatório atuando frente aos casos de violência doméstica, ainda sob a competência dos Juizados Especiais.

Portanto, mesmo com a conciliação das partes, é necessário e legal que o processo penal chegue a seu final, e não seja mais um processo arquivado a espera da próxima agressão envolvendo, provavelmente, as mesmas partes.

Vale ressaltar que somente é cabível a audiência prevista no artigo 16 da Lei 11.340/06 nos crimes de ação pública condicionada à representação da vítima, não sendo o caso de ser aplicada nos casos de crimes de ação pública incondicionada, conforme expressa disposição legal.

Proposta: a audiência prevista no artigo 16 da Lei 11.340/06 se refere à renúncia à representação da vítima, sendo cabível apenas nos crimes em que é necessária a representação da vítima para a propositura da ação penal, sendo desnecessária nos casos de ação penal pública. A retratação somente será aceita nos casos em que a representação foi oferecida, porém ainda não foi ofertada denúncia pelo Ministério Público. Depois de oferecida a denúncia, não há mais necessidade de ratificação da representação, o que apenas atrasa o processo criminal, dando ao processo um caráter conciliador, que foi abolido pela Lei 11.340/06.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A racionalização da intervenção do Ministério Público como *custos legis* nas ações de separação e divórcio.

Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça, MG

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)

Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC/MG

Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG

Resumo. O presente trabalho parte da idéia inicial de que, em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros. Em não sendo mais verificada tal função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí porque se defende como tese principal deste trabalho a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo, deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (que passam a ter um *direito potestativo extintivo* do matrimônio). Tal posicionamento vai de encontro com a atual tendência de racionalização dos trabalhos do *Parquet* na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país, privilegiando-se, portanto, a atuação dos órgãos de execução na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais relevantes à coletividade, o que se coaduna perfeitamente com o verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna. Como proposição sugere o envio da matéria ao Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e às Corregedorias-Gerais de todos os Ministérios Públicos Estaduais do país para que a incluam nos seus respectivos Atos Normativos reguladores da racionalização dos trabalhos na área cível a título de recomendação não vinculativa.

Síntese Dogmática da Proposição. Para os fins de ajuste da atuação do Ministério Público como *custos legis*, nos processos de separação e divórcio (consensuais e litigiosos), ao conceito moderno de família e à própria racionalização dos trabalhos na área cível, sugere-se o envio deste estudo ao Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e às Corregedorias-Gerais de todos os Ministérios Públicos Estaduais do país para que façam incluir nos seus respectivos Atos Normativos reguladores da matéria da racionalização a recomendação não vinculativa de que *é desnecessária a intervenção do Ministério Público como custos legis nas ações de separação e divórcio, em qualquer modalidade (consensuais ou litigiosos), exceto quando estiver em jogo interesse de incapaz, devendo cingir-se a sua atuação, nesta última hipótese, apenas a tal interesse, sendo obrigatória, entretanto, em todas as hipóteses, a intimação do órgão ministerial de execução, o qual, no caso concreto, avaliará a presença ou não da hipótese justificadora da sua intervenção, e, consoante o art. 43, III, da Lei nº 8.625/93, fundamentará o seu entendimento.*

Exposição.

I - Introdução.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, onde a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo (“*o que Deus uniu o homem não pode separar*”) – daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial com as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

Entretanto, os princípios preconizados na Carta Magna provocaram uma profunda alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil. Inicialmente, há de se mencionar que o princípio do reconhecimento da união estável (art. 226, parágrafo 3º) e da família monoparental (art. 226, parágrafo 4º) foi responsável pela quebra do monopólio do casamento como único meio legitimador da formação da família.

Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o principal marco de mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser considerado um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o principal requisito para a sua constituição não é mais jurídico e sim fático: *o afeto*.

Nessa esteira, o brilhante Promotor de Justiça baiano Cristiano Chaves de Farias⁶³ enfatiza que, nos dias de hoje, predomina um modelo familiar “*eudemonista*, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é locus privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano”.

Desse modo, conclui-se que a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro LAR, Lugar de Afeto e Respeito⁶⁴.

Nesse contexto, o casamento passa a ter nova roupagem. Muito longe de ser o único meio de legitimar a formação da família, tal instituto deixa de ter importância tão-somente pelo vínculo em si para ser encarado como o melhor instrumento encontrado pelos nubentes (na visão deles) para compartilharem o desejo de alcançar a felicidade. Em outras palavras, nos dias de hoje, o casamento passa a ser visto como um dos meios (nunca o único) de promoção da dignidade da pessoa humana.

Por conta disso, a entidade familiar ora em comento somente deve ter vigência enquanto cumprir a função acima referida. No momento em que esta se encerra, devem os consortes ter

⁶³ *A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida*, in *Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales*, Argentina, n. 9, set. 2002, disponível em <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>, acesso em 04 jan. 2003.

⁶⁴ Expressão utilizada por Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, in *Direito de família e o novo código civil*, p.xi.

pleno direito de dissolver a sociedade conjugal (no caso da separação) ou o vínculo matrimonial (no caso do divórcio), *sem limitação de qualquer ordem*.

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

A esse respeito, recorremos novamente ao genial Professor Cristiano Chaves de Farias⁶⁵, segundo o qual o direito de não manter o núcleo familiar é um “*direito potestativo extintivo*, uma vez que se atribui ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade, como corolário da afirmação de sua dignidade” (grifo nosso).

Adotando essa concepção de direito de não manter o núcleo familiar como *direito potestativo extintivo*, abalizada doutrina civilista vem modernamente sustentando a necessidade de se pôr fim a todo e qualquer elemento legislativo que sirva como empecilho à liberdade de se separar ou divorciar. Nesse sentido, algumas vitórias já foram obtidas, a exemplo da recente promulgação da Lei nº 11.441/07, que facilitou sobremaneira a vida dos cônjuges ao permitir que a separação e o divórcio consensuais sejam obtidos através de um simples procedimento administrativo (extrajudicial). Outras vitórias já se aproximam, tendo em vista que tramitam no Congresso Nacional inúmeras propostas de alteração legislativa cujo objetivo, em última análise, é corroborar a tendência aqui apresentada.

Considerando que tanto a novel legislação *supra* mencionada como as propostas de alteração legislativa anteriormente referidas (acaso aprovadas, o que certamente ocorrerá) influem significativamente na atuação do Ministério Público como *custos legis* em processos desta natureza, dedicamos a seguir um tópico específico para apreciar, de forma muito breve, todas essas novidades.

II – O contemporâneo movimento legislativo consagrador do direito à separação e ao divórcio como direito potestativo extintivo.

Atendendo ao princípio constitucional da facilitação do divórcio (art. 226, § 6º, CF), muito recentemente, presenciou-se o advento da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que, acrescentando ao Código de Processo Civil o art. 1.124-A, permitiu que o divórcio e também a separação consensuais, desde que não existam filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, estando as partes devidamente representadas por advogado, possam ser realizados através de escritura pública, a qual será, inclusive, gratuita para os declarados pobres em sentido legal.

⁶⁵ Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão), in *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), p. 115-116.

A novel legislação, sem dúvida alguma, desburocratizando o procedimento de dissolução do casamento por mútuo consentimento, consagra a tendência de tratar o direito à separação e ao divórcio como *direito potestativo extintivo*.

Noutro giro, impende mencionar que tramitam no Congresso Nacional inúmeras propostas de alteração legislativa cujo objetivo, em uma perspectiva de fundo, é confirmar a tendência em debate, senão vejamos.

A título de exemplo e seguindo uma gradação crescente de importância, podemos citar inicialmente o Projeto de Lei nº 507/07, de autoria do Deputado Baiano Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), que propõe a abolição de todas as espécies de separação judicial litigiosa (separação-sanção, separação-falência e separação remédio, atualmente previstas, respectivamente, no art. 1.572, *caput*, parágrafo 1º e parágrafos 2º e 3º, do Código Civil). Aqui merece destaque a proposta de eliminação do ordenamento jurídico nacional da tão criticada separação-sanção (baseada na culpa de um dos cônjuges) e dos efeitos dela decorrentes (sanções de perda dos direitos a alimentos e ao uso do nome de casado aplicadas ao culpado pela separação). Substituindo o princípio da culpa pelo *princípio da ruptura* (ou do *desamor*), partindo da idéia de que ninguém deve ser punido apenas pelo fim do amor, ainda mais quando se leva em conta que a família da modernidade, entendida como comunidade de afeto e entreaajuda, somente deve persistir enquanto preencher esta sua missão, e considerando ainda que a busca por um culpado pela separação judicial, além de violar o sagrado direito de intimidade do casal, é injusta, pois, na verdade, não há apenas um culpado pelo término da relação, o Projeto atende a um antigo clamor da doutrina civilista, estipulando como única causa de pedir da ação de separação judicial o término da comunhão de vida.

O Projeto *sub oculis*, com idêntico escopo, ainda exclui a necessidade de decurso do lapso temporal de 1 (um) ano de casamento atualmente previsto no *caput* do art. 1.574 do Código Civil para a formulação do pedido de separação consensual.

Mais revolucionário do que este Projeto de Lei é a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de nº 33/07, também de autoria do Deputado baiano Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), que visa alterar o art. 226, parágrafo 6º, do Texto Maior, para eliminar do ordenamento jurídico pátrio de uma vez o instituto da separação judicial (em qualquer modalidade, consensual ou litigiosa).

A separação judicial (antigo desquite) está ligada historicamente ao embate travado no Congresso Nacional entre divorcistas e antidivorcistas à época da discussão da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio): muito embora estes últimos tenham sido derrotados em tal embate (afinal, o divórcio passou a ser permitido no país), continuaram exercendo fortes pressões para extirpar do ordenamento jurídico um instituto considerado (por eles) pernicioso à formação da família (entenda-se: família matrimonializada), a qual deveria ser sempre e em qualquer hipótese preservada; para aliviar estas pressões, aqueles (os divorcistas) acabaram aceitando a manutenção no ordenamento do instituto da separação como meio de frear e desestimular as partes a procurarem o divórcio.

Passado o calor desta discussão⁶⁶ e diante do reconhecimento constitucional de novas entidades familiares, verifica-se que a manutenção da separação judicial, no ordenamento

⁶⁶ A discussão encontra-se superada no plano jurídico. Contudo, setores conservadores da sociedade mundial, em pleno século XXI, ainda relutam em admitir o instituto do divórcio. Nesse sentido, registre-se que o Papa Bento XVI, em sua *Sacramentum Caritatis*, divulgada no início do ano 2007, afirmou categoricamente que o divórcio é “a praga do ambiente social contemporâneo”.

brasileiro, perdeu completamente sua razão de ser. Clama-se então por uma imediata reforma legislativa para que este instituto seja definitivamente extirpado do cenário jurídico nacional.

Aliás, impende mencionar que, estatisticamente, os casais acabam optando pelo uso da via menos traumática do divórcio (direto) pelo fato deste se preocupar apenas com a causa objetiva da separação de fato do casal, deixando de lado a apuração do odioso (e completamente subjetivo) elemento culpa pelo término do relacionamento conjugal.

Acrescente-se ainda que o estabelecimento de dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) para que se atinja o fim do vínculo matrimonial provoca no casal oneração financeira desnecessária, isso sem falar do aumento do desgaste psíquico peculiar de processos desta natureza.

Como se vê, o direito material regulador da dissolução do casamento caminha a passos largos no sentido de garantir aos cônjuges, no exercício de sua autonomia privada, a livre escolha em manter ou extinguir a família por eles formada. Na outra face desta mesma moeda, o Estado, cada vez mais, deixa de ter interesse na manutenção a qualquer custo do casamento, motivo pelo qual vem sendo reduzida a (indevida) ingerência estatal nesta seara, em respeito ao *direito potestativo extintivo* por diversas vezes aqui aludido, até porque, nos termos do art. 226, § 7º, da *Lex Fundamentallis*, o planejamento familiar é livre decisão do casal.

Neste cenário, a atuação do Ministério Público como *custos legis* nas ações de separação e divórcio não pode nem deve ficar engessada na contramão da história, exigindo-se uma adaptação frente aos novos tempos, o que passamos a apreciar a seguir.

III – A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio.

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

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

Aliás, esse posicionamento já encontra guarida nas recentes manifestações dos mais diversos órgãos ministeriais do país a respeito da racionalização da atuação do *Parquet* no processo civil. A título de ilustração, registremos que o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, em 13 de maio de 2003, publicou a chamada Carta de Ipojuca (PE), na qual consta a recomendação, sem caráter vinculativo, de que é desnecessária a atuação ministerial na “separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes” (letra A, número 4, item I).

O nobre e augusto Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de igual modo, não só editou o seu próprio ato normativo quanto a esta matéria (Recomendação CSMP nº 1, de 3 de setembro de 2001, posteriormente ratificada pelo art. 87 do Aviso CGMP nº 5, de 09 de agosto

de 2004), como também ratificou expressamente a aplicação do teor da Carta de Ipojuca no seu âmbito, através do Ato CGMP nº 1, de 12 de fevereiro de 2007.

O Ministério Público da Bahia, por sua vez, através do Ato Normativo nº 15/2006, publicado em 20 de dezembro de 2006, de lavra da Procuradoria-Geral de Justiça, consagrou entendimento ainda mais amplo, segundo o qual “a intervenção do Ministério Público, quando atuar como *custos iuris* e inexistindo interesse de incapaz, poderá ser considerada nas seguintes hipóteses: I – em processos atinentes a Direito de Família e Sucessões, quanto a questões econômicas e demais direitos disponíveis (...)” – grifo nosso.

Corroboramos *in totum* com o teor do Ato Normativo do *Parquet* baiano. Na verdade, a atuação ministerial no processo civil deve ser sempre dispensada quando o interesse público não estiver em jogo. Ora, como já afirmado *alhures*, não se verifica hodiernamente interesse público na manutenção do casamento se os cônjuges assim não desejam. Por isso, meras questões patrimoniais, a exemplo da partilha de bens, não têm o condão de provocar a presença do Ministério Público nos processos de separação e divórcio judiciais consensuais. Desse modo, a única hipótese de intervenção ministerial como fiscal da lei em processos deste *jaez* é a existência de interesse de incapaz, em respeito ao disposto no art. 82, I, do Código de Processo Civil.

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

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

Nesse trilhar, convém trazer à baila o Ato Normativo 313/03, de lavra da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, que, no seu art. 3º, I, consagra integralmente o entendimento aqui defendido ao estatuir que “Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, fica facultada a intervenção ministerial nas seguintes hipóteses: I - Separação judicial e divórcio, onde não houver interesse de incapazes”.

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

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

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

Por outro lado, impende registrar também que o posicionamento ora sustentado não provoca violação ao quanto previsto no art. 82, II, do Código de Processo Civil, segundo o qual compete ao Ministério Público intervir nas causas concernentes ao estado da pessoa (dentre outras). Como é cediço, a doutrina processual contemporânea vem lecionando que todas as hipóteses de atuação do Ministério Público como fiscal da lei previstas no art. 82 do CPC⁶⁷ devem ser conciliadas com as funções atribuídas a este órgão pelos artigos 127, *caput* (“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”), e 129 da Constituição Federal, o que somente pode ser auferido no caso concreto e não aprioristicamente.

Nunca é demais lembrar que, no processo de mandado de segurança, há situação bastante semelhante à presente, pois, embora também exista previsão legal expressamente exigindo a participação do Ministério Público em tal feito (art. 10 da Lei nº 1.533/51), vem prevalecendo o entendimento de que a atuação ministerial somente ocorrerá se presente uma das hipóteses definidas no art. 82 do CPC e/ou no art. 127, *caput*, da *Lex Legum*, ou seja, desde que esteja configurada nos autos a incidência do interesse público (evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte – art. 82, III, *in fine*, CPC), o qual não se confunde com o interesse do ente estatal (aquele é tido como interesse público primário, este é considerado interesse público secundário, na clássica distinção perpetrada pela doutrina processual italiana).

Esclareça-se ainda que, com o fito de se evitar a ocorrência de nulidade processual por ofensa ao disposto no art. 246 do Código de Processo Civil, sustentamos que persiste a necessidade de intimação do Ministério Público em todos os processos de separação e divórcio, afinal de contas, nas palavras do insigne Professor baiano Fredie Didier Jr., “o que dá ensejo à nulidade é a falta de intimação; ‘se intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há’⁶⁸”. De fato, somente após ser intimado (nunca antes, por óbvio) é que o Promotor de Justiça terá acesso aos autos e assim poderá analisar se está presente ou não o interesse público justificador da sua intervenção. Não sendo hipótese de sua intervenção (*in casu*, não existindo interesse de incapaz), deverá o Promotor externar os seus fundamentos, por exigência do art. 43, III, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

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

⁶⁷ O raciocínio também é válido para os processos de jurisdição voluntária, a exemplo da separação e divórcio judiciais consensuais: não obstante o teor do art. 1.105 do CPC, que obriga a participação do Ministério Público em todos os processos desta natureza, vem se entendendo que o *Parquet* somente deve intervir em tais feitos quando estiver presente uma das hipóteses estampadas pelo art. 82 do CPC e/ou art. 127, *caput*, da Carta Magna.

⁶⁸ *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 236.

Ainda mais preciso é o Ato Normativo nº 15/2006 do *Parquet* baiano, que assevera o seguinte:

“Art. 8º - A racionalização não implica renúncia ao direito de receber os autos com vista, nas hipóteses em que a lei prevê a participação do Ministério Público, devendo o representante ministerial, no caso concreto, avaliar a presença, ou não, do interesse público justificador da intervenção, fundamentando, consoante o art. 43, III, da Lei nº 8.625/93, o seu entendimento”.

Idêntico raciocínio é estampado no Ato Normativo nº 313/2003 do Ministério Público paulista, que, nos artigos 1º e 4º, dispõe:

“Art. 1º - Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da Instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos.

Art. 4º - O exame mencionado no artigo 1º deverá ser renovado em toda vista dos autos, podendo também ser realizado a qualquer momento”.

IV – A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio atende aos reclamos de racionalização dos trabalhos na área cível.

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

Trata-se, inclusive, de ajuste da atuação do Ministério Público ao perfil traçado pela Carta Magna Federal nos artigos 127, *caput*, e 129. Em uma perspectiva hodierna, deve a instituição priorizar a atuação em prol dos valores mais relevantes da sociedade, deslocando para um plano secundário interesses de menor repercussão. Nessa esteira, sábias são as palavras do Professor Euclides de Oliveira, segundo o qual

Em suma, lembrado que o Ministério Público tem sua atuação pautada pela defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como ao zelo dos interesses sociais, coletivos ou difusos, resta imprópria sua investidura para tarefas de outra ordem [...].
(OLIVEIRA, 2007, p. 83).

Na área cível, pode-se afirmar que a racionalização implica em deixar a cargo dos particulares o trato de questões que apenas a eles dizem respeito. Há determinadas matérias onde

não se verifica a existência de interesse público (a exemplo da habilitação de casamento, quando esta não envolver incapaz ou quando não houver oposição de impedimento ou arguição de causa suspensiva, justificação de fato necessário à habilitação ou pedido de dispensa de proclamas, nos termos do art. 3º do Ato Normativo nº 015/2006 do MP baiano; ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens em que não houver interesse de incapazes, conforme item II da Recomendação nº 03/2007 do Ministério Público mineiro etc) , motivo pelo qual os cidadãos, no exercício da sua autonomia privada, devem livremente discipliná-las, o que implica na desnecessidade de atuação do *Parquet* em processos envolvendo tais matérias.

A esse respeito, acrescentando o exemplo do pedido de alvará judicial para levantamento de verbas pecuniárias deixadas pelo falecido (Lei nº 6.858/80), vejamos os ensinamentos do Professor Cristiano Chaves de Farias⁶⁹:

De igual sorte, vislumbro uma magnífica oportunidade para um debate aprofundado também sobre a intervenção do Ministério Público na área cível, afastando o Parquet de uma série de atos típicos da vida privada, v.g., a habilitação para o casamento e a atuação como custos legis em ações tipicamente decorrentes da autonomia privada do titular (que podem ser lembradas com o reconhecimento e dissolução de uniões estáveis, sem interesses menoristas, e o conhecido pedido de alvará judicial para levantamento de verbas pecuniárias deixadas pelo falecido, conforme disciplina da Lei nº 6.858/80). Seguramente, não é esse o papel conferido pelo constituinte ao Promotor de Justiça. Intérprete dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais significativos para a coletividade, não pode o Ministério Público atuar na esfera personalíssima de interesses do titular, até porque nada poderá fazer para impedir o exercício de direitos. O que faria, por exemplo, para obstar uma separação consensual? Pleitearia um mandado de obrigação de fazer para ambos, atentando contra a dignidade de cada um?.

João Lopes Guimarães Júnior⁷⁰ tem idêntico posicionamento, senão vejamos:

(...) Se o Parquet recebeu da Constituição um papel relevante, sua atuação, na prática, deve ser condizente com tal relevância. Aqui vem um argumento de ordem prática: a redução quantitativa da intervenção processual ensinará maior disponibilidade de tempo ao Promotor para que se dedique aos direitos difusos e coletivos da comarca em que atue, inclusive através de mecanismos extrajudiciais. Tudo, vale lembrar, em favor da maior efetividade de atuação ministerial como um todo.

⁶⁹ O Novo Procedimento da Separação e do Divórcio (de acordo com a Lei nº 11.441/07): comentários e análise da Lei nº 11.441/07. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 14-15.

⁷⁰ Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil. In FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo, *Ministério Público: instituição e processo*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 158.

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

O Professor Cristiano Chaves⁷¹ apresenta perfeita síntese desse nosso entendimento final, nesses termos:

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

V - Conclusões objetivas.

Em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros. Em não sendo mais verificada tal função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí porque se defende a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo, deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (*direito potestativo extintivo*).

⁷¹ Op cit., p. 15-16.

Tal posicionamento vai de encontro com a atual tendência de racionalização dos trabalhos do *Parquet* na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país, a exemplo do mineiro, do baiano e do paulista. Em sendo ela adotada, haverá benefícios práticos relevantes aos Promotores de Justiça, que terão mais tempo para atuar em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis de maior relevância à coletividade, adequando-se esta atuação ao verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna.

A tese não é revolucionária, apenas busca ajustar a atuação do *Parquet* ao seu papel constitucional e à evolução do Direito de Família. Por conta disso, concluímos este estudo sugerindo ao Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e às Corregedorias-Gerais de todos os Ministérios Públicos Estaduais do país que façam incluir nos seus respectivos Atos Normativos reguladores da racionalização dos trabalhos na área cível a recomendação não vinculativa de que *é desnecessária a intervenção do Ministério Público como custos legis nas ações de separação e divórcio, em qualquer modalidade (consensuais ou litigiosos), exceto quando estiver em jogo interesse de incapaz, devendo cingir-se a sua atuação, nesta última hipótese, apenas a tal interesse, sendo obrigatória, entretanto, em todas as hipóteses, a intimação do órgão ministerial de execução, o qual, no caso concreto, avaliará a presença ou não da hipótese justificadora da sua intervenção, e, consoante o art. 43, III, da Lei nº 8.625/93, fundamentará o seu entendimento.*

APROVADA POR UNANIMIDADE

Responsabilidade municipal pela prestação do serviço de oxigenoterapia domiciliar e seus contornos

Luciano Moreira de Oliveira

Promotor de Justiça da Comarca de Bom Despacho/MG

I. Introdução

A promulgação da Constituição de 1988 constitui marco histórico para a mudança de postura da doutrina do Direito Constitucional no país. Com efeito, a partir de então, encontrou eco no Brasil o movimento já vivenciado na Europa do neoconstitucionalismo, que firmou posição em favor da força normativa da constituição, conferindo novo prestígio e fôlego para o Direito Constitucional, buscando deslocar o epicentro do ordenamento jurídico do Código Civil para a Constituição.

Na Europa, a reconstitucionalização dos estados no segundo pós-guerra contou com vozes como a de Konrad Hesse, que passaram a utilizar como premissas para a análise dos textos constitucionais o reconhecimento do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, ou seja, a imperatividade das normas constitucionais.⁷²

De seu turno, a Constituição de 1988 revelou-se terreno fértil para o desenvolvimento do novo direito constitucional no Brasil. Partindo do pressuposto de sua força normativa, a doutrina passou a revisitar antigos conceitos e realizou novas análises com base nos supostos do neoconstitucionalismo.

Nesse contexto, admite-se que a interpretação adequada das normas constitucionais deve “concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”⁷³ Outrossim, reconhecendo-se a supremacia material da Constituição e a normatividade dos seus princípios⁷⁴, percebeu-se que a mesma irradia seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, razão pela qual a análise de antigos institutos está sendo refeita em consonância com a Constituição (filtragem constitucional)⁷⁵.

Em se tratando de direitos fundamentais, o pano de fundo do neconstitucionalismo e sua premissa de força normativa da Constituição, foram acompanhados da previsão constante do art. 5º, § 1º inserto no texto constitucional, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência têm admitido de forma recorrente a exigibilidade de prestações estatais destinadas à concretização de direitos fundamentais, independentemente de intermediação legislativa, livrando o direito constitucional do descrédito de outrora.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 15, nº 58, JAN/MAR de 2007.

⁷³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 22-23.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. Disponível na internet: <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/index.shtml>. Acesso em 28/10/2007.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 151.

As considerações realizadas até o momento mostram-se imprescindíveis para a análise do tema proposto, uma vez que se insere no âmbito do direito à saúde, que foi reconhecido como direito fundamental pela Constituição de 1988, como se denota do enunciado do art. 6º, onde está ao lado dos chamados direitos sociais.

Face a todo o exposto, percebe-se que ao direito à saúde deve ser aplicado o regime jurídico concernente aos demais direitos fundamentais e, por decorrência, o disposto no art. 5º, §1º da Constituição. Mais. Tratando-se de direito assegurado na Constituição e que conta com detalhada normativa em seu texto – em especial, seção II, capítulo II, do título VIII – impõe-se a análise das situações fáticas concretizando referido direito em consonância com a orientação constitucional.

Neste ponto, cumpre ressaltar que a concretização dos direitos previstos na Constituição – e como tal, do direito à saúde – é tarefa atribuída ao Ministério Público. Com efeito, o redesenho pelo qual passou a instituição na Constituição de 1988 deve ser atribuído aos anseios da sociedade por um órgão independente e autônomo, que pudesse evitar que o direito se tornasse apenas uma carta de intenções.

No tocante à saúde, pode-se afirmar, com toda a segurança, que o Ministério Público é instituição vocacionada para tirar o direito da abstração e concretizá-lo. Inicialmente, o art. 127 dispõe que incumbe ao Ministério Público a defesa dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*. De outro lado, o art. 129, II estabelece como função institucional do Ministério Público “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.” Tal disposição encontra eco no art. 197, que estabelece que as ações e serviços de saúde são de relevância pública. Outrossim, o art. 129, III atribui ao Ministério Público a possibilidade de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa de direitos difusos e coletivos, como de regra se caracteriza a saúde.

Dessa forma, conforme se demonstrará a seguir, incumbe ao Ministério Público tomar as medidas necessárias para a garantia do serviço de oxigenoterapia domiciliar às pessoas que dele necessitem, concretizando o direito à saúde e cumprindo sua vocação constitucional.

II - Da oxigenoterapia domiciliar

II.I - Da necessidade da terapêutica e responsabilidade por sua prestação

A oxigenoterapia pode ser definida como qualquer forma de fornecimento de oxigênio com o intuito terapêutico, podendo ser dividida em duas vertentes principais. A primeira refere-se às pessoas que se encontram em situação de risco iminente de morte, como nos casos de insuficiência respiratória, parada cardíaco-respiratória, coma ou choque. De outro lado, há indicação para fornecimento em terapia de longo prazo – condições crônicas –, normalmente em caráter domiciliar, como ocorre com os portadores de fibrose cística e doença pulmonar obstrutiva crônica, entre outros.⁷⁶

Os usuários do Sistema Único de Saúde – SUS – que necessitam da oxigenoterapia domiciliar, como dito, são portadores de condições crônicas em virtude das quais apresentam um quadro de hipoxemia (baixa de oxigênio no sangue).

⁷⁶ Relatório 005/2003, do antigo Centro de Apoio Operacional à Execução, CAO, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, subscrito pelo Dr. Alexandre Resende Fraga, Técnico do Ministério Público, CRM/MG 30583, constante dos autos do procedimento administrativo nº 02/2003, da 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde da Comarca de Belo Horizonte/MG, p. 13/14.

Trata-se de casos em que o uso do oxigênio será prolongado, necessário para o suporte da vida e garantia de bem-estar dos pacientes para os quais é prescrito. Saliente-se que, em grande parte das vezes, trata-se de terapêutica a ser utilizada por idosos, donde se conclui a aplicabilidade dos dispositivos da Lei 10.741/03.

Utilizado na forma terapêutica, o oxigênio é considerado um fármaco, que deve ser prescrito segundo evidências apontadas cientificamente.⁷⁷ Sua utilização reduz a morbimortalidade dos usuários para os quais é prescrito, devendo a terapia domiciliar ser prestada para aquelas pessoas que, a despeito de tal necessidade, não tenham indicação para internação hospitalar.⁷⁸

A prestação adequada da oxigenoterapia domiciliar, segundo apontam os técnicos, possibilita:

“(...) diminuir o número de internações hospitalares, melhorar a qualidade de vida do paciente, diminuir os custos da assistência para o Sistema Único de Saúde (SUS), além de manter o paciente no seu domicílio junto dos seus familiares, fazendo com que o cidadão permaneça em seu município de residência.”⁷⁹

Pelo exposto até o momento, vê-se que não há dúvida quanto à existência de indicação técnica para a prestação de oxigenoterapia domiciliar. Trata-se de serviço imprescindível para a manutenção e melhoria da saúde da pessoa para a qual é prescrito.

Com isso, conclui-se que incumbe ao Poder Público organizar e executar o serviço de oxigenoterapia domiciliar para as pessoas que do mesmo necessitarem, segundo critérios apontados pela ciência atual. Inquestionável que encontra amparo no texto da Constituição, por ser medida necessária à saúde, direito fundamental que goza de aplicabilidade imediata (art. 6º, c.c. art. 5º, §1º da CR/88).

Examinando o texto da Constituição, percebe-se que o desempenho de ações e serviços públicos de saúde constitui responsabilidade solidária dos entes federados⁸⁰, nos termos do art. 23, II, art. 30, VII e art. 196, todos da CR/88. Igualmente, saliente-se que o pacto pela saúde, firmado por representantes dos entes federados e constante da Portaria GM/MS 399/2006 dispõe como obrigações dos entes da federação responder pela integralidade da assistência à saúde.

⁷⁷ As indicações de uso apontadas são PaO2 menor ou igual a 55 ou saturação menor ou igual a 88%, consoante o citado relatório 005/2003, do antigo Centro de Apoio Operacional à Execução, CAOÉ, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, subscrito pelo Dr. Alexandre Resende Fraga, Técnico do Ministério Público, CRM/MG 30583, constante dos autos do procedimento administrativo nº 02/2003, da 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde da Comarca de Belo Horizonte/MG, p. 14. Além deste o programa de oxigenoterapia do Estado de Minas Gerais acrescenta PaO2 menor que 60 e maior que 55 ou saturação menor que 89%, havendo policitemia (hematócrito maior que 55%) e/ou sinais clínicos, radiológicos e eletrocardiográficos de cor pulmonale crônico.

⁷⁸ Dentre os objetivos do programa de oxigenoterapia domiciliar do Estado de Minas Gerais estão “retirar o pneumopata crônico do ambiente hospitalar, visando a melhoria da qualidade de vida dos mesmos e a liberação dos leitos hospitalares, ocupados por pacientes com necessidade exclusiva de oxigenoterapia”, conforme dispõe o art. 1º do programa, aprovado pela resolução conjunta SES/SEPLAG nº 5592/2003.

⁷⁹ ZEFERINO, Maria Terezinha. **Diretrizes para oxigenoterapia domiciliar**. São Paulo: Segmento Farma Editores, 2004. p. 13. Disponível na internet: <http://www.saude.sc.gov.br/oxigenoterapia>. Acesso em 21/04/2008.

⁸⁰ Referido posicionamento tem sido reiteradamente manifestado pelos tribunais pátrios e é ilustrado pelo seguinte aresto: “No que toca ao direito do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do Município é conjunta e solidária com a dos Estados e a da União. Tratando-se de responsabilidade solidária, a parte necessitada não é obrigada a dirigir seu pleito a todos os entes da federação, podendo direcioná-lo àquele que lhe convier. O Sistema Único de Saúde, tendo em vista o seu caráter de descentralização, torna solidária a responsabilidade pela saúde, alcançando a União, os Estados e os Municípios.” (TJMG – Apelação nº 1.0145.06.308228-6/001(1) – Rel. Des. Heloisa Combat. Julgamento em 13/11/2007. DJ, 28/03/2008)

Nada obstante, o art. 198, I da CR/88 estabelece como diretriz do SUS a descentralização. Desdobrando referido princípio, o art. 7º, IX, “a” da Lei 8.080/90 define a “ênfase na descentralização dos serviços para os municípios”. Por sua vez, o art. 18, I da citada Lei. 8.080/90 estabelece como competência da direção municipal do SUS “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e **gerir e executar** os serviços públicos de saúde” (grifou-se).

Percebe-se, portanto, que, em que pese a reconhecida responsabilidade solidária dos entes federativos, a execução dos serviços de saúde compete ao município, devendo contar com a cooperação da união e do estado (art. 30, VII da CR/88, art. 16, XIII e art. 17, III, ambos da Lei 8.080/90).

Dessa forma, incumbe ao município prestar o serviço de oxigenoterapia domiciliar aos usuários do SUS que dele necessitem, segundo critérios técnicos.

Considerando que se trata de medida imprescindível para o suporte da vida e garantia de bem-estar do usuário, reduzindo a morbi-mortalidade daqueles para os quais a terapia é indicada, incumbe ao Ministério Público, instituição vocacionada para a concretização do direito à saúde, adotar as medidas necessárias para a garantia da prestação adequada do serviço para aqueles que possuem indicação.⁸¹

II.II - Das formas de prestação

A oxigenoterapia domiciliar pode ser dispensada por três maneiras: através de oxigênio líquido, cilindros ou aparelhos concentradores de oxigênio, sendo estas duas as formas mais comuns de dispensação.⁸²

Os cilindros de oxigênio, também conhecidos como “balas”, apresentam como vantagens a possibilidade de armazenamento por longos períodos, sem perdas, bem como o fato de existirem pequenos cilindros que podem ser transportados no caso de locomoção. No entanto, têm custo variável, regra geral são grandes, pesados, e se requer cuidados na guarda e manuseio, uma vez que não podem sofrer quedas.⁸³

De seu turno, os aparelhos concentradores de oxigênio possuem custo fixo e a produção de oxigênio é ilimitada, tratando-se de equipamentos de fácil manuseio.⁸⁴ A nosso juízo, conferem maior autonomia para os usuários, por contarem com o equipamento sempre à sua disposição, sendo desnecessárias trocas e reposições. Contudo, apresentam fluxo máximo de 5 litros/min, necessitam de energia elétrica para funcionarem e é recomendável a disponibilidade de cilindro para os casos de eventual interrupção no fornecimento de energia elétrica.⁸⁵

⁸¹ Saliente-se que referida iniciativa foi tomada pela Promotora de Justiça com atribuição perante a 2ª Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde de Belo Horizonte. Foi proposta ação civil pública em face do município de Belo Horizonte – autos nº 0024.03.092513-5 –, que foi julgada procedente e transitou em julgado em 19/05/2006. No âmbito do Ministério da Saúde, reconheceu-se ser devida a assistência ventilatória aos usuários portadores de distrofia muscular progressiva, cabendo aos Estados e municípios em gestão plena a identificação dos pacientes que necessitam da ventilação intermitente, bem como cadastrar serviços de saúde que possam realizar a manutenção e acompanhamento domiciliar destes pacientes e à viabilização deste tipo de assistência (portarias GM/MS 364/2001 e GM/MS 1431/2001)

⁸² Nesse sentido ZEFERINO, Maria Terezinha. Op. cit. p. 33.

⁸³ ZEFERINO, Maria Terezinha. Op. cit. p. 33.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Idem.

Certo é que não há evidências de que uma forma de prestação seja tecnicamente superior à outra. Ambas dispõem de respaldo científico e não há registros contra-indicações clínicas para uma ou outra forma.

Percebe-se, portanto, que há mais de uma forma de atender o interesse público, com igual respaldo técnico. Dessa forma, a eleição da maneira de se prestar o serviço de oxigenoterapia domiciliar se situa na esfera da discricionariedade administrativa, cabendo ao gestor do SUS a eleição daquela que, no caso concreto e segundo seu crivo, seja mais indicada.⁸⁶

II.III - Extensão da responsabilidade pela prestação da oxigenoterapia domiciliar

Como já dito, a prestação de oxigenoterapia domiciliar é um serviço de saúde que deve ser organizado e prestado pelos municípios, por ser indispensável para a manutenção e melhora do estado de saúde das pessoas que possuem hipoxemia crônica, conforme evidências científicas.

Neste ponto, deve-se destacar que a prestação de um serviço eficaz, que atenda às necessidades do usuário do SUS, é dever do Poder Público, que se justifica à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CR/88). Ainda que dispensável, a imposição de que tal serviço seja apto para fazer frente às necessidades do usuário encontra amparo em dois princípios do SUS: integralidade e resolutividade.

A integralidade está exposta no art. 198, II da CR/88, que estabelece como diretriz do SUS o atendimento integral. De seu turno, o art. 6º, I, “d”, incluiu no âmbito do SUS a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Contudo, a conceituação do referido princípio encontra-se no art. 7º, II, entendendo-se como “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

É possível perceber que o princípio da integralidade está intrinsecamente ligado à resolutividade, prevista no art. 7º, XII da lei 8080/90, que preconiza a “capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência”. Segundo as colegas Dilma Jane, Josely Pontes e Maria de Lurdes Santa Gema, exige-se que “quando um indivíduo busca um atendimento ou quando surge um problema de impacto coletivo sobre a saúde, o serviço correspondente esteja capacitado para enfrentá-lo e resolvê-lo até o nível de sua competência”⁸⁷.

Ora, à toda evidência, somente é possível admitir que o Poder Público se desincumbiu de seu dever previsto no art. 196 da CR/88 se prestou serviço que atenda ao usuário na integralidade e seja resolutivo. Impossível admitir “meio-tratamento” ou tratamento ineficaz, o que violaria, em última análise, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Face ao exposto, deve-se afirmar que a garantia da prestação da oxigenoterapia domiciliar não se limita à disponibilidade de concentrador ou cilindro de oxigênio. Isso porque se trata de um serviço de saúde que, como tal, deve estar capacitado para atender às demandas dos usuários.

Nesse sentido, está incluída na responsabilidade do Poder Público a disponibilidade de equipe de saúde para a realização de visitas aos usuários e verificar seu estado, bem como adotar os procedimentos cabíveis no caso de intercorrências. Por óbvio, deve haver a

⁸⁶ Não se afasta, aqui, a possibilidade de análise da motivação e a verificação da razoabilidade da decisão.

⁸⁷ SANTOS, Dilma Jane Couto Carneiro; PONTES, Josely Ramos. SANTA GEMA, Maria de Lurdes Rodrigues. **Manual do Curador da Saúde**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 2002. p. 24.

disponibilidade de técnicos para realizar a manutenção dos equipamentos, o que, de qualquer forma, deve ocorrer regularmente.⁸⁸

Segundo o citado Programa de Oxigenoterapia Domiciliar do Estado de Minas Gerais, incumbe aos municípios, entre outras responsabilidades, oferecer assistência aos usuários com necessidade de oxigenoterapia domiciliar, independente de fornecer-lhes ou não o aparelho; manter equipe de profissionais para acompanhamento da utilização do aparelho pelo usuário, constituída por assistente social e enfermeira ou auxiliar de enfermagem; realizar visitas domiciliares, no máximo, a cada sessenta dias; bem como garantir o acesso dos usuários aos exames necessários, tudo nos termos do art. 5º do programa.

Maior discussão envolve a responsabilidade pelos custos de energia elétrica, quando se elege o concentrador de oxigênio como meio para a prestação do serviço. Isso porque o equipamento acarreta drástica elevação dos custos com fornecimento de energia elétrica.⁸⁹ Penaliza-se, extremamente, a população mais carente, uma vez que, além da elevação consumo, ocorre a perda de isenção fiscal e dos descontos destinados a consumidores de baixa renda, uma vez que há limite de consumo para se gozar de tais benefícios.⁹⁰

Neste ponto, cumpre ratificar que a eleição da forma de prestação da oxigenoterapia domiciliar – oxigênio líquido, concentrador ou cilindro – é matéria afeta à discricionariedade administrativa. Nada obstante, eleita uma das formas de prestação, deve-se assegurar assistência integral e resolutiva.

Assim, caso se eleja a prestação de oxigenoterapia domiciliar através de concentrador, incumbe ao município arcar com os custos da energia elétrica necessária para seu funcionamento. Pensar o contrário é violar os princípios da integralidade e resolutividade, admitindo que o usuário receba “meio-tratamento”, incapaz de atender às suas necessidades.⁹¹

No município de Bom Despacho/MG, foi implantado, no segundo semestre de 2007, programa de oxigenoterapia domiciliar por meio de concentrador de oxigênio. Rapidamente, surgiu a demanda dos usuários do serviço, que se diziam impossibilitados de arcarem com os custos de energia elétrica decorrentes do uso dos aparelhos. O tratamento estava se tornando inviável e ainda existia o risco de suspensão do fornecimento da energia.

Diante de tal quadro, o Ministério Público propôs ação civil pública com o escopo de responsabilizar o município pelo pagamento decorrente do uso do concentrador de oxigênio. Todavia, o pedido de antecipação de tutela foi indeferido.

Decidiu-se, então, pela elaboração de Compromisso de Ajustamento de Conduta – CAC –, que foi proposto ao município de Bom Despacho e a CEMIG Distribuição S/A, uma vez que esta tinha interesse em receber dos usuários inadimplentes. Após tratativas, o município

⁸⁸ Regra geral, referida incumbência fica a cargo da empresa contratada para o fornecimento dos aparelhos.

⁸⁹ No município de Bom Despacho/MG, foi implantado programa de oxigenoterapia domiciliar através de aparelhos concentradores de oxigênio. O modelo de aparelho cedido, se ligado 24h, durante 30 dias, acarreta o consumo de 324Kwh.

⁹⁰ Segundo a resolução nº 485/2002, da ANEEL, o benefício da tarifa social para consumidores residenciais de baixa renda requer que o consumo mensal esteja entre 80 e 220 Kwh. A isenção de ICMS, em Minas Gerais, limita-se ao consumo mensal de até 90kwh.

⁹¹ Saliente-se que já houve precedente, relativo à demanda individual, que contou com a acolhida do TJMG, conforme demonstra o acórdão a seguir: Reexame necessário. Ação ordinária com pedido de tutela antecipada. Assistência médica. Menor que necessita da utilização de equipamentos médicos (Respirador ST/D30, Oxímetro Mod. 1000 e Base Aquecida) para sobreviver, eis que sofre de insuficiência respiratória grave. Porém, apesar de dispor dos equipamentos médicos em sua residência, não dispõe de condições financeiras para arcar com os gastos de energia elétrica gerados pela utilização de referidos aparelhos (cerca de 204 KWh/mês - R\$ 100,00 ao mês). Dever do Município de prestar a assistência necessitada pela menor. Problema médico que demanda recursos e providências razoáveis e possíveis de serem fornecidos pelo Município. (TJMG – Reexame necessário – Autos nº 1.0024.04.360754-8/001(1) – Rel. Des. Jarbas Ladeira. Julgamento em 25/04/2006. DJ, 02/06/2006)

reconheceu ser sua a responsabilidade pelos custos de energia elétrica decorrentes do uso do concentrador. De outro lado, consultando-se a CEMIG, verificou-se que a alternativa técnica mais adequada para operacionalizar o acordo seria o cálculo do consumo mensal de energia do concentrador de cada usuário, o que pode ser feito levando-se em conta a potência do equipamento e o número de horas diárias que o tratamento é prescrito. A partir deste, tal consumo seria deduzido do gasto total da residência onde se encontra o usuário e atribuído ao município, na fatura do mesmo. Tudo isso ficou ajustado entre as partes e foi requerida a extinção do processo aforado em face do município, homologando-se o CAC no tocante às obrigações assumidas pelo mesmo.

III – Conclusões:

O serviço de oxigenoterapia domiciliar deve ser prestado pelo município, que poderá contar com cooperação do Estado ou da União, uma vez que compete ao mesmo gerir e executar os serviços públicos de saúde, nos termos do art. 18, I da Lei 8.080/90.

A prestação de oxigenoterapia domiciliar não se resume à disponibilidade do meio para se obter o oxigênio. À luz dos princípios da integralidade e resolutividade, deve o Poder Público prestar serviço de saúde capacitado para atender às necessidades do usuário do SUS.

Nesse sentido, deve o município arcar com os custos da energia elétrica necessária para a utilização do aparelho concentrador de oxigênio, quando eleita esta forma de organização do serviço, sob pena de se privar o usuário do acesso à terapêutica. Referido custo está incluído na prestação do serviço de oxigenoterapia domiciliar.

Sendo dever do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”, deve-se adotar as providências necessárias para que o serviço de oxigenoterapia domiciliar seja prestado aos usuários do SUS, de forma integral e resolutiva.

APROVADA POR MAIORIA DOS VOTOS

**Desatendimento às necessidades quantitativas do consumidor:
cobrança da chamada consumação mínima**

Paulo Calmon Nogueira da Gama
Procurador de Justiça

I - Introdução

Exemplo eloqüente de positivação principiológica no ordenamento nacional, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) destaca “**o atendimento das necessidades dos consumidores**” como sendo o primeiro objetivo expresso e imediato que deve nortear a Política Nacional das Relações de Consumo (*caput* do art. 4º).

É patente que para o real atendimento às necessidades do consumidor a preocupação do legislador é dirigida tanto para o aspecto qualitativo quanto para o *quantitativo* dos produtos e serviços oferecidos.

Como consequência de nossa vigente principiologia consumerista (cuja efetividade é buscada em diversos dispositivos específicos do CDC), vemos que ao consumidor deve ser assegurado o direito de adquirir produtos e serviços na medida exata de sua vontade livre, sendo, pois, questionável qualquer prática comercial que o leve a adquirir mais ou menos do que cogitado em sua disposição inicial ou que o induza a supor equivocadamente acerca do real quantitativo do bem em oferta.

Convém lembrar que quaisquer das espécies de desatendimento às necessidades quantitativas do consumidor, tanto a partir da imposição de *limites quantitativos máximos para produtos ditos em promoção*, como do estabelecimento de *limites quantitativos mínimos*, via de regra, configuram prática abusiva, tais como consideradas, inclusive, pelas Notas Técnicas ns. 1, 2 e 3 do Procon Estadual de Minas Gerais.

Com esboço no objetivo legal de *atendimento das necessidades dos consumidores*, focando apenas a sua vertente *quantitativa*, buscar-se-á, adiante, demonstrar a ocorrência de prática abusiva consistente especificamente na cobrança da chamada **consumação mínima**.

II – Imposição de limites quantitativos mínimos

A imposição pelo fornecedor de piso quantitativo mínimo para aquisição ou consumo de bens, não raro embala tentativa de subjugo à vontade do consumidor, revelando prática comercial ilícita.

Sob o mesmo fundamento da conhecida “venda casada”⁹², esse tipo de prática abusiva pode ser de responsabilidade preponderante do produtor, do varejista ou do prestador de serviços.

O prejuízo oriundo desse tipo de expediente é grave, já que o consumidor que se vê compelido a adquirir produto ou serviço em descompasso às suas necessidades, além de ter diminuída a sua capacidade de aquisição de outros itens ou serviços de interesse⁹³, é induzido ao mau uso ou ao desperdício.

Em se tratando de limite quantitativo mínimo, é absolutamente descabida qualquer invocação de justa causa. Como diz Hermam Benjamim:

*“...o fornecedor não pode obrigar o consumidor a adquirir quantidade maior que as suas necessidades. Assim, se o consumidor quer adquirir uma lata de óleo, não é lícito ao fornecedor condicionar a venda à aquisição de duas outras unidades (...) O consumidor sempre tem o direito de, em desejando, recusar a aquisição quantitativamente casada”.*⁹⁴

Ademais, o inciso III do art. 5º da Lei 8.137/90 considera crime contra a ordem econômica a conduta do fornecedor consistente em “*sujeitar a venda de um bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada*”.

III – Cobrança de consumação mínima

A cobrança de consumação mínima, modalidade de prática abusiva bastante disseminada em todo o País, ambienta-se, em geral, no setor de bares, danceterias e casas noturnas.

A prática é tão difundida e o desrespeito às normas consumeristas tão flagrante que em alguns estados se editou legislação específica que expressamente reforça a vedação à cobrança de “consumação mínima”. Mas os fornecedores-infratores teimam em procurar dribla-la.⁹⁵

O art. 31, I, do CDC, já contém preceito bastante e suficiente para deslegitimar a prática, sendo ele frontalmente descumprido por quem comete tal abuso. Considera o legislador, com efeito, prática abusiva o *condicionamento do fornecimento de produto ou serviço a limites quantitativos*.

A hipótese ainda é pior do que a do varejista que busca impingir a aquisição em quantidade superior à pretendida pelo cliente: enquanto nesta sempre ocorre a aquisição real dos produtos, no caso da “consumação mínima” nem sempre se terá o efetivo consumo dos bens adquiridos (de efetivo e certo mesmo tem-se apenas a cobrança!).

Vê-se adicionalmente caracterizada, portanto, a conduta repelida pelo inciso V do mesmo art. 39, que proíbe “*exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva*”.

⁹² A imposição de limites quantitativos mínimos pode ser comparada a uma verdadeira proposta de venda casada.

⁹³ Especialmente se considerarmos a situação de pobreza deste País, onde qualquer prática que estimule o desperdício deve ser prioritariamente combatida.

⁹⁴ In “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto”, Forense Universitária, 7ª ed., p.324.

⁹⁵ No Rio de Janeiro, imediatamente após a edição de lei que reforça a proibição de cobrança de consumação mínima e impõe limites na cobrança de multa por extravio de cartela de ingresso, sancionada em 16 de outubro de 2003, alguns estabelecimentos, em flagrante afronta, cunharam a eufêmica expressão “bônus consumível”(cf. jornal *O Globo* de 22/10/03).

Fosse pouco, não é preciso ser especialista em ciências médicas para se ter noção que a ingestão excessiva de alimentos ou de bebidas é prejudicial à *saúde*, pode trazer perigo mediato à *segurança* do consumidor e de terceiros, e mesmo colocar em risco a própria *vida* do consumidor. Vida, saúde e segurança são os principais bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, inclusive pelo Código de Defesa do Consumidor, que os etiqueta como **direitos básicos do consumidor** (CDC, art. 6º, I).

A depender do ramo de atuação, pode-se excepcionalmente admitir a cobrança pelos fornecedores de um valor fixo a título de *ingresso* dos interessados em seus estabelecimentos, desde que devidamente licenciados⁹⁶. Não havendo prévia autorização do poder público, não se pode restringir acesso do consumidor a qualquer ponto comercial, tampouco exigir-lhe o consumo daquilo que não deseja. E, menos ainda, obrigá-lo a pagar por algo que não consumiu.

Para coibir tal prática, fundamental é a atuação preventiva dos órgãos de fiscalização que direta ou indiretamente protegem a coletividade de consumo (conforme a atividade, além dos Procons, pode-se ter o concurso do órgão de posturas municipais, do corpo de bombeiros, da vigilância sanitária, entre outros).

Até porque o consumidor, sozinho, ainda que consciente da ilicitude da prática, vê-se constrangido a efetuar o pagamento da “consumação mínima” em face dos óbices colocados no momento de sua saída dos estabelecimentos. Mesmo assim, nesse caso lhe é lícito invocar o concurso policial, principalmente se houver restrição ambulatorial ou qualquer tipo de coação para pagamento. Alternativa é buscar a documentação do abuso (pelo recibo ou nota fiscal), para seqüente postulação junto aos juizados especiais da devolução em dobro do *quantum* cobrado ilicitamente (CDC, parágrafo único do art. 42). Sem prejuízo da oferta de reclamação (“denúncia”) perante os órgãos fiscais⁹⁷.

IV – Conclusão

Além de estimular o desperdício e trazer risco à saúde, à segurança e à vida dos consumidores, a cobrança da chamada **consumação mínima** constitui prática abusiva em hipótese que se subsume à previsão do art. 39, I do CDC.

⁹⁶ Ao qual não se pode agregar qualquer valor para fins de “consumação mínima”.

⁹⁷ Pode ainda o consumidor, em exercício direto e válido de seus poderes de cidadão, promover por si, e estimular entre seus conhecidos, o boicote desses locais até que os mesmos passem a respeitar as normas consumeristas.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Reforma do CPP. Tribunal do Júri. Legitimidade do Ministério Público para requerer ao Tribunal a inclusão do processo em pauta do Tribunal do Júri, em caso de atraso não justificado por excesso de serviço, de acordo com a interpretação constitucional do Projeto de Lei n. 4.203/01

Rodrigo Iennaco.

**Promotor de Justiça em Sete Lagoas/MG.
Professor convidado da pós-graduação da UFJF.
Mestre em Ciências Penais pela UFMG.**

Introdução

Tramita na Câmara dos Deputados, em regime de urgência, o projeto de Lei n. 4.203/01, que altera os dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao Tribunal do Júri. Aprovado no Senado (05/12/07), com emendas, o projeto retornou à casa de origem, onde já foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (11/03/08). Com a expectativa de aprovação no plenário e encaminhamento para sanção presidencial ainda este ano, convém a análise de alteração no instituto do desaforamento (e questões afins), tomando-se por norte o texto consolidado a partir do relatório já aprovado na CCJ da Câmara, a despeito de tratar-se de assunto *de lege ferenda*.

1. Princípios que informam o projeto

O texto se inspira em predicados de *celeridade* (direito do acusado ao julgamento em tempo razoável), *eficiência* (aproveitamento de recursos disponíveis e não-adiamento de atos processuais), *simplicidade* (instrumentalidade, oralidade e informalismo) e *segurança* (resposta judicial a demandas sociais).

2. Desaforamento

O sistema previsto atualmente sofrerá significativa ampliação e o instituto do desaforamento passa a funcionar, também, como mecanismo de controle do tempo processual.

Além das hipóteses atuais (ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do júri ou para segurança pessoal do acusado), o projeto prevê o desaforamento do julgamento em caso de *excesso de serviço*, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 meses, contado do trânsito em julgado da pronúncia – salvo o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa.

2.1. Determinação de inclusão para julgamento pelo órgão Ad Quem

Não havendo excesso de serviço ou processos aguardando julgamento em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação nas reuniões periódicas previstas para o exercício, “o acusado poderá requerer” ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento.

3. A questão da legitimidade

A exposição de motivos da reforma do CPP, originalmente frisava:

“O sistema de desaforamento alcança um objetivo mais amplo e ganha um espectro de abrangência mais significativo.

Não será motivo de desaforamento apenas a garantia da ordem pública; a dúvida sobre a parcialidade do Júri ou a segurança pessoal do acusado, como no regime atualmente em vigor.

O desaforamento funcionará como mecanismo de controle do tempo de espera para julgamento, com força de estabelecer que o acusado, como regra, sempre será julgado em um prazo não superior a seis meses.

Previu-se que, em havendo excesso de serviço comprovado e o julgamento não puder ser realizado no prazo de seis meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia, ***o acusado — e somente ele — poderá requerer o desaforamento.***

Observe-se que não havendo esse excesso de serviço mas se constatando a inexistência de processos aguardando julgamento, em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação pelo Tribunal do Júri, nas reuniões periódicas previstas para o exercício, ficando assim demonstrado inexistir motivo para o retardamento, ***o acusado poderá requerer diretamente ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento.***

Embora esta última hipótese não seja de desaforamento propriamente dito, pois o deslocamento do julgamento para outra comarca implicaria em premiar o juiz desidioso, ***o julgamento dentro do prazo máximo de seis meses passa a ser direito subjetivo irretirável do acusado.***”

O texto do projeto, consolidado na CCJ da Câmara dos Deputados, prevê:

“Seção V Do desaforamento”

“Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, ***o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz***

competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

§ 1º O pedido de desaforamento será distribuído imediatamente e terá preferência de julgamento na Câmara ou Turma competente.

§ 2º Sendo relevantes os motivos alegados, o relator poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri.

§ 3º Será ouvido o juiz presidente, quando a medida não tiver sido por ele solicitada.

§ 4º Na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado.” (NR)

“Art. 428. O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, *ouvidos o juiz presidente e a parte contrária*, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

§ 1º Para a contagem do prazo referido neste artigo, não se computará o tempo de adiamentos, diligências ou incidentes de interesse da defesa.

§ 2º **Não havendo excesso de serviço** ou existência de processos aguardando julgamento em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação pelo Tribunal do Júri, nas reuniões periódicas previstas para o exercício, **o acusado poderá requerer ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento.**” (NR)

Quanto ao desaforamento, a interpretação dos dispositivos do projeto não deixa dúvida que, em todas as hipóteses de desaforamento (tradicionais e em virtude de morosidade por excesso de serviço), estarão legitimados Juiz, acusação (MP, querelante ou assistente) e defesa. Isso embora o texto pareça restringir a possibilidade de o assistente pleitear o desaforamento no caso de mora por excesso de serviço, vez que tal restrição não se coaduna com o espírito do projeto, que admitiu expressamente a legitimidade do assistente para o pedido de desaforamento, o que não se verifica na sistemática do CPP atual.

A dúvida que surgirá, caso o projeto venha a ser aprovado com a atual redação, diz respeito à morosidade do julgamento (após admissibilidade da acusação) não justificada por excesso de serviço. Nesse aspecto, o texto aprovado parece confirmar a dicção inicial da exposição de motivos, no sentido de que **somente o** acusado poderia requerê-lo.

Não obstante a conclusão que se extrai de uma primeira leitura consagrar uma exegese restritiva, **não há como negar a legitimidade do Ministério Público** para tal pleito, o que se afirma sob a ótica do sistema constitucional.

É que o Ministério Público (a quem a Constituição atribuiu o *status* de defensor da sociedade, da ordem jurídica e dos direitos fundamentais) quando atua como parte no processo penal (sendo o titular da ação penal condenatória), age no interesse público de evitar a impunidade e a prescrição. Nesse sentido, eventual restrição do legislador, prevendo a hipótese como prerrogativa exclusiva da defesa, viola o princípio do contraditório, mais especificamente a *paridade de armas*, que é seu corolário. E não apenas. A legitimação ministerial ainda encontra respaldo na defesa do interesse indisponível do acusado (todo e qualquer cidadão acusado) de ver-se julgado em tempo razoável, haja vista o prejuízo social, moral e psicológico que o *status* de processado acarreta ao cidadão.

Conclusões de *Lege Ferenda*

1. O desaforamento, nos moldes previstos no projeto de lei n. 4.203/01, passa a funcionar, também, como mecanismo de controle temporal do processo penal: a) para evitar a prescrição e a impunidade; b) para melhor distribuir o ônus da duração do processo entre acusado e sociedade; c) para garantir ao acusado julgamento em tempo razoável.
2. O pedido de desaforamento, em qualquer hipótese, inclusive em virtude de demora no julgamento motivada por excesso de serviço, poderá ser feito pelo Ministério Público, assistente, querelante, acusado ou juiz, conforme interpretação sistemática dos arts. 427 e 428, com a redação que lhes dá o projeto de lei n. 4.203/01.
3. O Ministério Público, atuando no processo penal como parte ou como fiscal da lei, possui legitimidade para requerer ao Tribunal a determinação de julgamento prioritário de processo do júri, em caso de atraso não justificado por excesso de serviço, de acordo com a interpretação constitucional do projeto de lei n. 4.203/01.